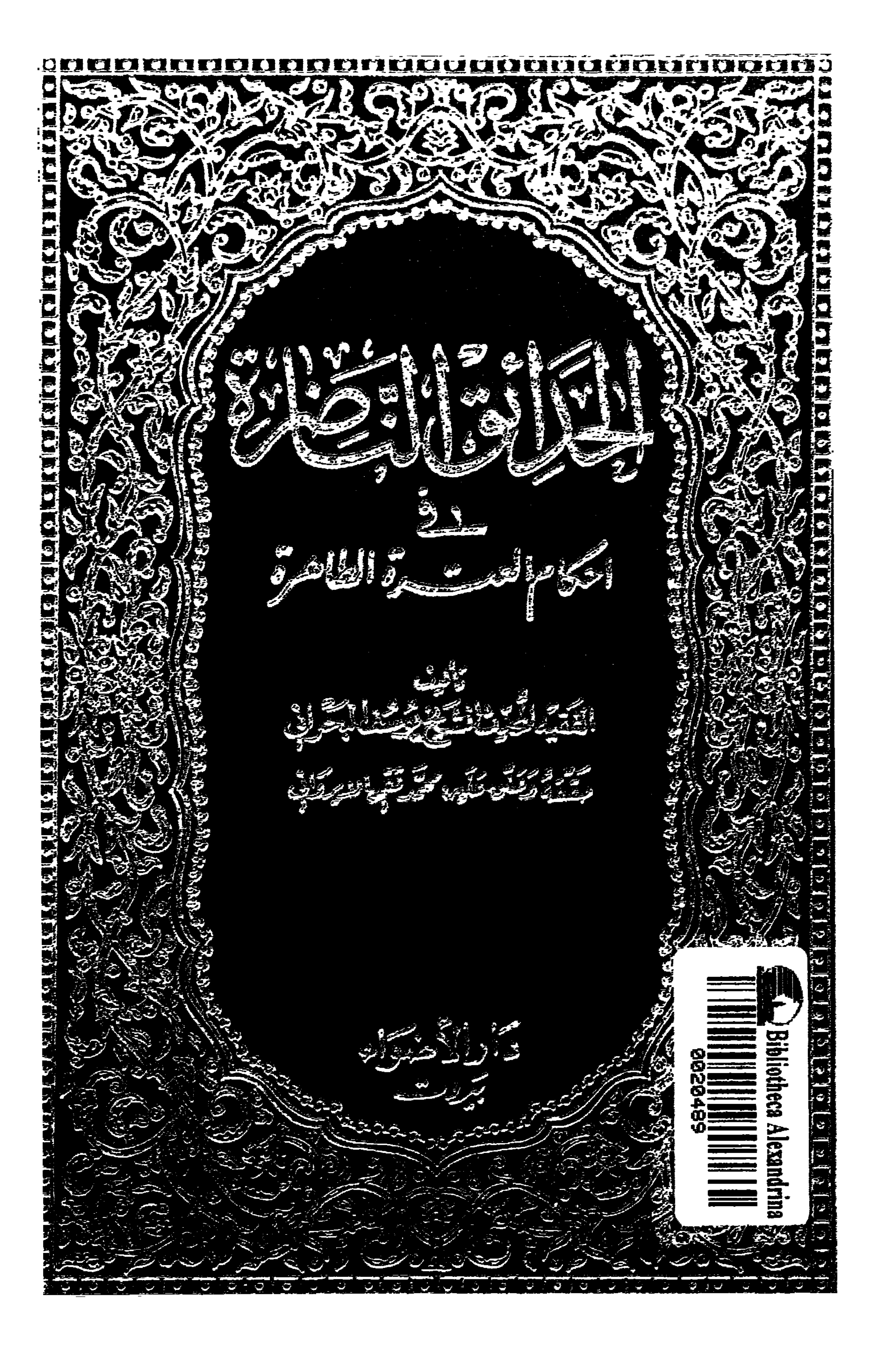
Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)



الحدائق الناضرة

في

أحكام العترة الطاهرة

تأليف

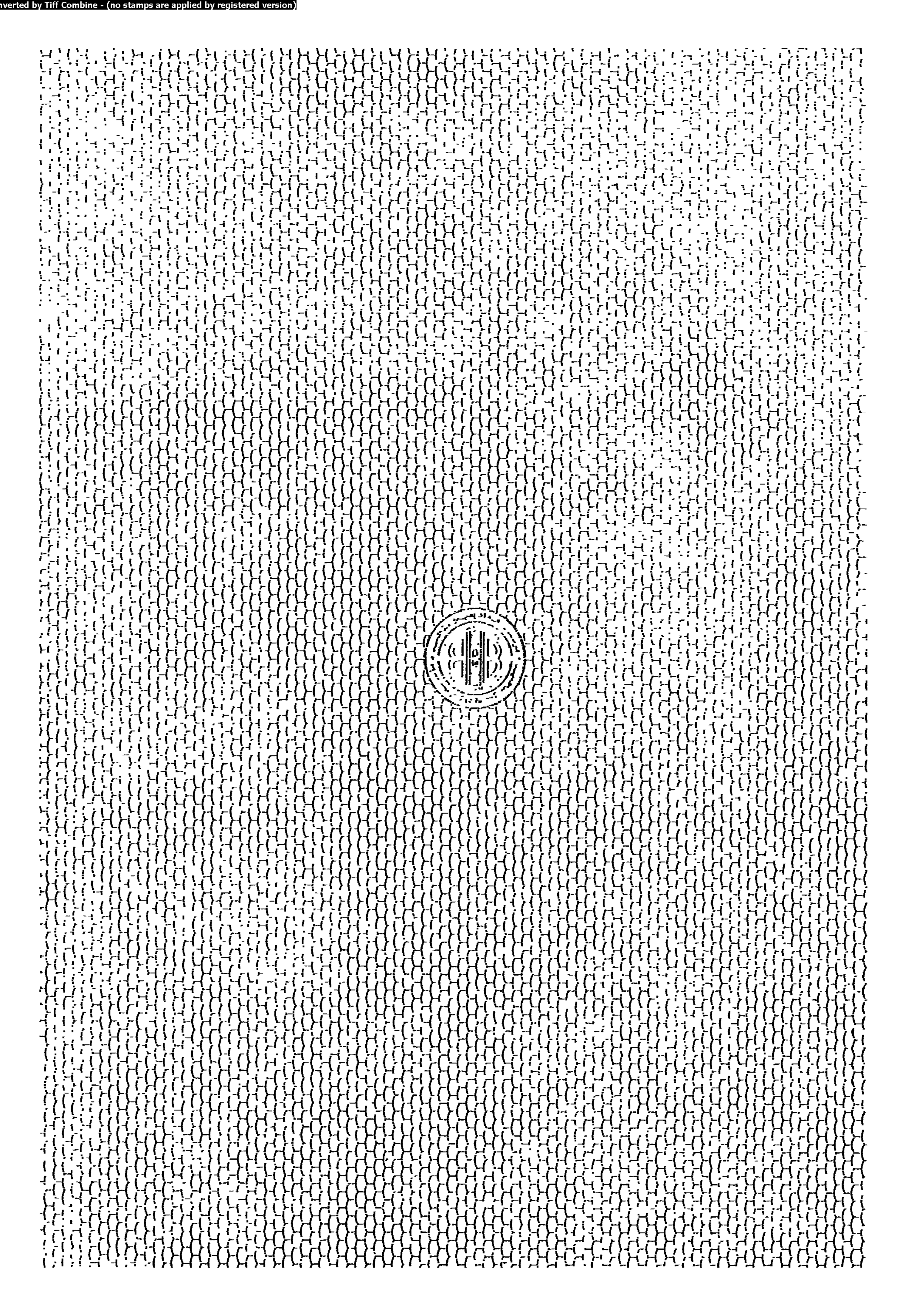
الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني

حققه وعلق عليه محمد تقي الإيرواني

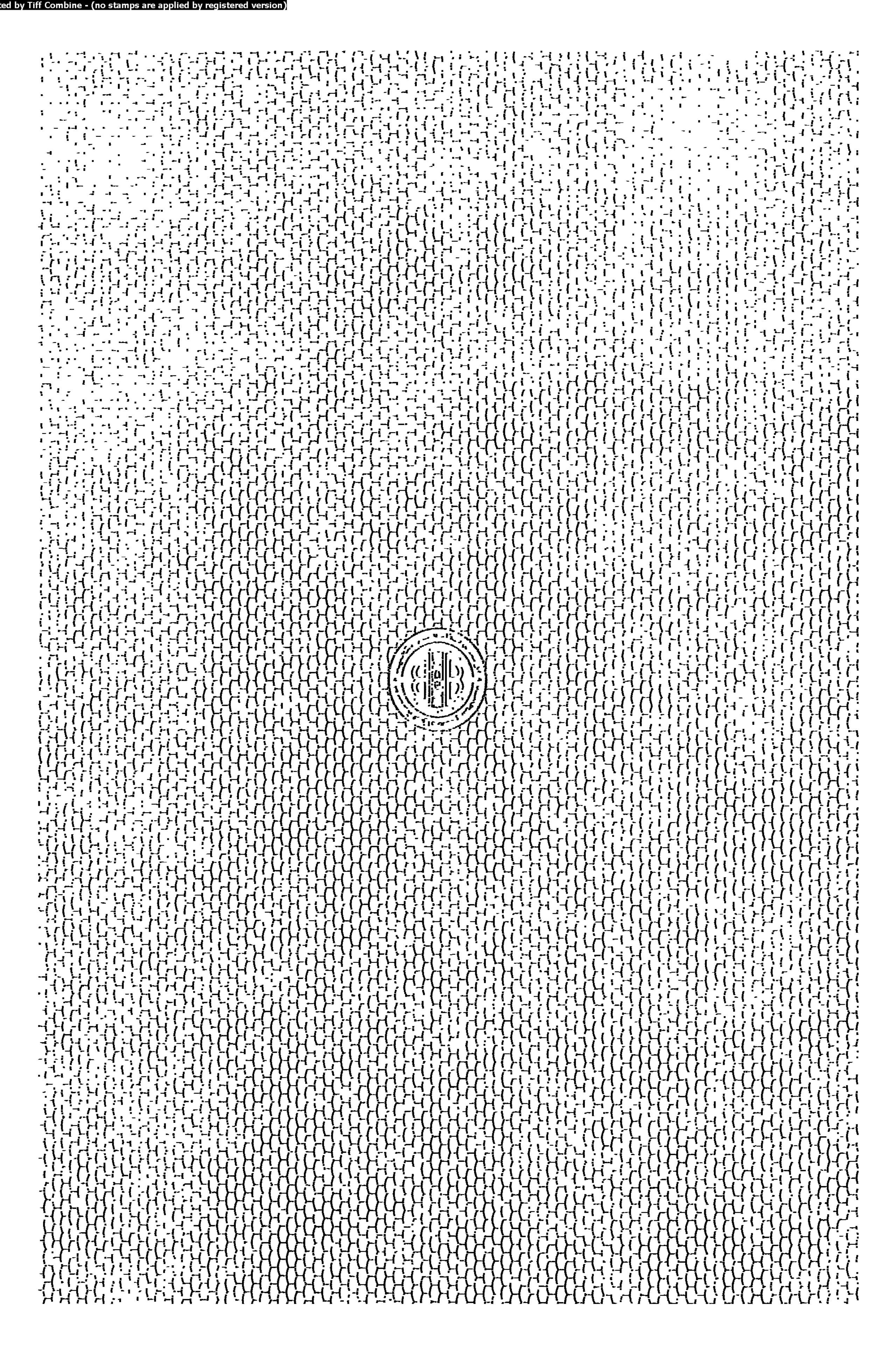
دار الأضواء
بيروت

Bibliotheca Alexandrina
0020489

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)



Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)




Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الحدائق الناضرة

في احكام العترة الطاهرة

تأليف

الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني

المتوفى سنة ١١٨٦ هجرية

حققه وعلق عليه: محمد تقي الايرواني

الجزء الحادي والعشرون

دار الأضواء

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الثانية المُصحّحة
١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م

دار الأضواء

بيروت - الغبيري - شارع عبد الله الحاج - بناية الروضة
ص.ب. ٢٥/٤٠ - برقياً: الغبيري - حسنكو

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد خاتم النبيين وآله الطاهرين

كتاب الضمان

اعلم أن الضمان عند الفقهاء لفظ مشترك يطلق على معنيين أحدهما أخص من الاخر والمعنى الاعم عبارة عن عقد شرع للتعهد بمال او نفس، والتعهد بالنفس هو الكفالة والتعهد بالمال ان كان ممن في ذمته مال فهو الحوالة والا فهو الضمان بالمعنى الاخص الا ان في هذا المقام اشكالا من حيث الخلاف في الحوالة، وأنه هل يشترط فيها شغل الذمة أم لا قولان: والاقسام الثلاثة انما تتم بناءاً على الاول وأما على الثاني فهي داخلة في الضمان بالمعنى الاخص. والمحقق في الشرايع مع قوله بعدم اعتبار شغل لذمة المحال عليه للمحيل قائل بالتقسيم الى الاقسام الثلاثة، وهو جعل الحوالة قسيماً للضمان بالمعنى الاخير وهو مشكل لما عرفت و لا مخرج من هذا الاشكال الا بجعل التقسيم مخصوصاً بمحل الوفاق، أو باعتبار القسم الاخر للحوالة، وهو - تعهد مشغول الذمة للمحيل، فيكون هو أحداً للاقسام الثلاثة خاصة، ويكون القسم المشترك ذاجهتين من حيث تسميته هنا ضماناً خاصاً وحوالة، فيسهل الخطب بذلك.

و كيف كان فالمراد هنا عندنا بالضمان هو المعنى الاخص وهو التعهد بالمال من البرىء والمتبادر من اطلاق لفظ الضمان في كلامهم هو المعنى الاخص و لـذا ان جملة منهم أفراد لكل من الثلاثة كتاباً عليحدة وبعض لاحظ المعنى الاعـم، و جعل الثلاثة في كتاب واحد، وقسمه الى الاقسام الثلاثة كالمحقق في الشرايع، و العلامة في الارشاد وغيرهما في غيرهما، وعلى هذا النهج جرينا في هذا الكتاب، وحينئذ فالبحث في هذا الكتاب يقع في مقاصد ثلاثـة الاول في الضمـان بالمعنى الاخص وهو التعهد بالمال من البرىء و فيه بحوث ثلاثة :

الاول ـ في الضامن : والكلام فيه يقع في مواضع ، أحدها ـ لاخلاف في أنه يشترط في الضامن جواز التصرف المالي، فلايصح ضمان الصبي ولا المجنون ، بـل الغافل والساهي أيضاً، والظاهر أنه لاخلاف فيه كما ذكره بعضهم، والظاهر أن السفيه المحجور عليه لسفهه كذلك، وبه صرح في التذكرة وغيرها.

و أما المملوك فان ضمن بغيراذن سيده ففي صحته قولان : أحدهما ـ وبه قطع المحقق في الشرايع من غيرنقل خلاف ـ العدم، وهو قول الشيخ وابن الجنيد، واستدلوا عليه بأن العبد لايقدر على شيء ـ كما وصفه الله تعالى (١) وذمته مملوكة للمولى ، فلا يملك اثبات شيء فيها الا باذنه .

وقيل: بالصحة، واختاره العلامة في المختلف، وقربه في التذكرة، وعلل بانتفاء الضرر على المولى، لان استحقاق المطالبة له بما يستقر في ذمته بعد العتق لاضرر فيه، كما لو استدان بغيراذن سيده، وأجاب في المختلف عن الاية بأن المراد بالشيء المال، لقوله في مقابلته :ـ «ومن رزقناه منا رزقاً حسناً» والمسألة محل توقف واشكال، وان كان ضمانه باذن سيده، فانه يصح اجماعاً كما ذكره العلامة في المختلف.

١ـ سورة النحل الاية ٧٥

لكن بقي الكلام في أنه لو أطلق له الاذن و لم يشترط له الاداء من كسبه، ولا الصبر الى أن يعتق، فهل يتعلق بذمته أم بكسبه، قولان: قال في المبسوط: قيل: انه يتعلق بكسبه، وقيل: انه يتعلق بذمته، وان عينه في ذمته أو كسبه أو غيرهما من امواله تعين، و وجب قضاؤه، ولم يرجح الشيخ هنا شيئاً من القولين المذكورين، وعلل القول الاول بأن اطلاق الضمان أعم من كل منهما، والعام لايدل على الخاص، فلم يقع من المولى ما يدل على التزامه في ملكه، و كسبه ملكه، و لان الاذن في الكلي ليس اذناً في الجزئي المعين، وان كان لايوجد الا في ضمنه كما حقق في الاصول، وعلل القول الثاني بأنه انما يتعلق بكسبه، لان اطلاق الضمان انما يحمل على الضمان الذى يستعقب الاداء، فانه المعهود، والاداء من غير مال السيد يمتنع، و كذا في مال غير الكسب، والا لكان هو الضامن لاالعبد، وهو خلاف التقدير فيكون في كسبه، قال في المسالك: والبحث في ذلك قريب مما لو أذن له في الاستدانة فينبغي ترتب قول ثالث، وهو ان الضمان يتعلق بالمولى و لايختص بكسب العبد، ولعله أقوى. انتهى.

أقول: هذا القول الثالث مستقر على حمله هذه المسألة على مسألة الاذن في الاستدانة، فانه لااشكال في كون ذلك على السيد، سواء كان الاستدانة للعبد أو السيد كما تقدم تحقيقه في كتاب الديون، وحينئذ فيتجه هنا هذا القول الثالث بناء على ذلك، وهو قريب من حيث الاعتبار، لان الاذن في الضمان في معنى الاذن في الاستدانة، الا أن المسألة لخلوها من النص بجميع شقوقها محل اشكال. والله العالم

الثاني ـ هل يشترط علم الضامن بالمضمون له، والمضمون عنه، ومعرفتهما بنسبهما أو وصفهما، قيل: نعم، وقيل: لايشترط، وقيل: يشترط معرفة المضمون عنه دون معرفة المضمون له، والقول الاول ـ للشيخ في المبسوط، والثاني له أيضاً في الخلاف، وهو اختيار المحقق في الشرايع، والشهيد، والعلامة في غير المختلف، والشهيد الثاني في المسالك وجماعة، والثالث للعلامة في المختلف، وعلى القول

الثاني فانه وان لم يشترط المعرفة على الوجه المتقدم، لكن يشترط عندهم ان يمتاز المضمون عنه عند الضمان بما يصح معه القصد الى الضمان عنه .

استدل العلامة في المختلف على اشتراط معرفة المضمون عنه قال: لنا ان المضمون عنه لابد وأن يتميز عند الضامن، ويتخصص عن غيره ليقع الضمان عنه ، وذلك يستدعي العلم به .

وما رواه أبو سعيد الخدري (١) « قال كنا مع رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) في جنازة فلما وضعت قال (صلى الله عليه وآله) : هل على صاحبكم من دين؟ قالوا : نعم، درهمان ، فقال: صلوا على صاحبكم، فقال علي (عليه السلام) : هما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن ، فقام رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فصلى عليه، ثم أقبل على علي فقال : جزاك الله عن الاسلام خيراً و فك رهانك كما فككت رهان أخيك » .

وروى جابر بن عبد الله (٢) «أن النبي (صلى الله عليه وآله) كان لا يصلي على رجل عليه دين فأتي بجنازة فقال : هل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم ديناران ، فقال صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة هما علي يارسول الله قال : فصلى عليه فلما فتح الله على رسوله ، قال : أنا أولى بالمؤمنين من انفسهم،فمن ترك مالا فلورثته، ومن ترك ديناً فعلي» .

وهما يدلان على صحة الضمان مع عدم العلم بالمضمون له ، ثم قال: احتج الشيخ في الخلاف بالحديثين، «فان النبي صلى الله عليه وآله» لم يسأل علياً (عليه السلام) ولا أبا قتادة عن صاحب الدين ولا الميت، فلا يشترط علمهما وعلى قوله في المبسوط بأنه يشترط معرفة المضمون له ليعرف هل هو سهل المعاملة أم لا، ومع انتفاء ذلك يتطرق الغرر، ومعرفة المضمون عنه لينظر هل يستحق بذلك عليه أم لا .

١ـ الوسائل ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ من ابواب أحكام الضمان الرقم ٢ .
٢ـ الوسائل ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ من ابواب أحكام الضمان الرقم ٣ .

ثم قال: والجواب عن الاول القول بالموجب في المضمون له، وأما المضمون عنه فانه متعين لتشخصه، وحضوره عنده، ولايشترط علمه بنسبه ولاحاله، والغرر ليس بمعتبر، اذ لايشترط علمه حال الضمان بحسن معاملة المضمون له وعدمه، و ان علمه بعينه اجماعاً فلوكان الغرر معتبراًكان العلم بهذا الوصف شرطاً، و ليس كذلك بالاجماع انتهى.

أقول: وبذلك علم حجج هذه الاقوال المذكورة في المقام، وهي عند التحقيق لا اعتماد عليها في تأسيس الاحكام، أما قوله لنا: ان المضمون عنه الى آخره، ففيه أولا أنه مصادرة محضة، لان هذا عين المدعي، ومع تسليمه فانه يكفي التميز بوجه ما، كما اعترف به القائلون بعدم الاشتراط بالنسبة الى المضمون عنه، وبه يظهر ضعف قوله وذلك يستدعي العلم به.

وأما الخبران المذكوران فانهما وان ذكرهما الشيخ في الخلاف، الا أن الظاهر أنهما من روايات العامة، فانهم كثيراً ما يستلفون رواياتهم، ولاسيما الشيخ في الكتاب المذكور، فلاتقوم بهما حجة، ومع تسليم صحتهما فهما بالدلالة على العدم ــ في كل من المضمون له، وعنه ــ أقرب، كما ذكره الشيخ في الخلاف، حيث استدل بهما على ذلك بالتقريب الذى تقدم نقله عنه. (١)

وأما ما استدل به الشيخ في المبسوط فهو أظهر ضعفاً من أن يتعرض لبيانه،

١ــ أقول: هذان الخبران وان لم ينقلا في كتب اخبارنا، لكن في بعض الاخبار ما يشير الى ذلك، كصحيحة معاوية بن وهب قال: قلت لابي عبد الله (عليه السلام): أنه ذكر لنا أن رجلا من الانصار مات وعليه ديناران ديناً فلم يصل عليه النبي (صلى الله عليه وآله) وقال: صلوا على صاحبكم حتى ضمنهما عنه بعض قرابته فقال ابو عبد الله (عليه السلام) ذلك الحق، ثم قال ان رسول الله (صلى الله عليه وآله) انما فعل ذلك ليتعظوا وليرد بعضهم على بعض، ولئلا يستخفوا بالدين. الحديث. الوسائل ج١٣ ص٧٩ الباب ٢ من ابواب الدين والقرض الرقم ــ ١. وقد تقدم في صدر كتاب الدين ــ منه رحمه الله.

ولو صح بناء الاحكام الشرعيه على مثل هذه التعليلات الواهيـة لاتسع المجـال و الكلام في تشريع الاحكام مع استفاضة النصوص عن ذوى الخصوص بالمنع من القول فيها الا بما ورد عنهم (عليهم السلام) والا فالسكوت، وما اجاب به في المختلف عن حجة المبسوط ـ بالنسبة الى المضمون عنه بأنه متعين لتشخصه وحضوره عنده ـ انما يتم بالنسبة الى مورد الخبرين، والمدعى أعم من ذلك.

وبالجملة فان الاعتماد في تأسيس الاحكام على مثل هذا الكلام مجازفة محضة في أحكام الملك العلام، والعجب منهم (رضوان الله عليهم) أنهم يطعنون في الاخبار المتفق على روايتها في الاصول المشتهرة المعتمدة، بناء على الاصطلاح المحدث، ويعولون هنا على نقل هذه الروايات الواهية التي هي كبيت العنكبوت، وأنه لاوهن البيوت مضاهية.

وبذلك يظهر لك أن الاصح من هذه الاقوال هو القول بعدم الاشتراط مطلقا، و مما يدل صريحاً على عدم معرفة المضمون له ما رواه في الكافي عن فضيل وعبيد (١) عن ابي عبدالله (عليه السلام) «قال: لما حضر محمد بن أسامة المـوت دخل عليـه بنوهاشم فقال لهم: لقد عرفتم قرابتي ومنزلتي منكم، وعلي دين فأحب أن تقضوه عني، فقال علي بن الحسين (عليهما السلام) ثلث دينك علي، ثم سكت وسكتوا، فقال علي بن الحسين (عليهما السلام) علي دينك كله، ثم قال علي بن الحسين (عليهما السلام) أما انه لم يمنعني أن أضمنه او لا الا كراهة أن يقولوا: سبقنا» وهذا الخبر كما أنه يدل على عدم اشتراط معرفة المضمون له، كذلك يدل على عدم اشتراط معرفة قدر الدين، وسيأتي الكلام فيه انشاء الله تعالى، والاصحاب القائلون بعـدم الاشتراط مطلقا عللوا عدم اعتبار العلم بالمضمون عنه بأن الضمان وفاء دين عنه، وهو جايز عن كل مديون.

وأما المضمون له فان اعتبر فيه القبول لفظاً كما هو مقتضى العقـد اللازم،

١ـ الكافي ج ٨ ص ٣٣٢ ح ٥١٤، الوسائل ج ١٣ ص ١٥١

اقتضى ذلك تميزه وان لم يعتبر، فانه لايعتبر العلم به .

أقول: الاظهر في الاستدلال على ذلك هو التمسك باصالة العدم حتى يقوم دليل على الاشتراط في المضمون عنه، أو المضمون له .

وأما اعتبار القبول وأنه لابد من عقد يشتمل عليه فقدعرفت من الخبر المذكور ما يدفعه، فانه (عليه السلام) بمجرد اخبار محمد المذكور أن عليه دينا ضمنه من غير فحص، ولاعلم بصاحب الدين بالكلية، ولاعلم بقدر الدين، وكذلك يؤيده الخبران المتقدمان هذا .

وأما ما ذكره القائلون بهذا القول ـ من اشتراط امتياز المضمون عنه عند الضامن ليصح معه القصد الى الضمان عنه كما قدمنا نقله عنهم .

فقيل: ان وجهه أن الضمان يتوقف على القصد، وهو متعلق بالمضمون عنه والحق، فلابد من تميزه بوجه تزول عنه الجهالة ليمكن القصد اليه .

وأورد عليه بأنه يشكل بمنع توقف القصد على ذلك، فان المعتبر القصد الى الضمان، وهو التزام المال الذى يذكره المضمون له في الذمة، وهو غير متوقف على معرفة من عليه الدين، والدليل انما دل على اعتبار القصد في العقد، لا في من كان عليه الدين، فلو قال شخص مثلا: انى استحق في ذمة شخص مأة درهم، فقال له آخر: ضمنتها لك ،كان قاصداً الى عقد الضمان، على أى من كان الدين عليه، و لا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك .

و الى ذلك مال في التذكرة حيث قال : «وهل يشترط معرفة مـا يميزه عن غيره؟ الاقرب العدم، بل لوقال: ضمنت الـديـن الذى لك على من كان من الناس جـاز . نعـم لابـد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن، بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه، لو لم يقصد الضمان عن أىّ من كان . انتهى

أقول: ما حكموا به من صحة الضمان وثبوته في هذه الصورة بمعنى على أىّ من كان من الناس لم أقف فيه على نص يدل عليه، أويشير اليه، والمفهوم من الروايات

الواردة في هذا الباب انما هو اعتبار معرفة المضمون عنه ولـو بوجه ما، والحكم بالصحة فيما ذكروه يتوقف على الدليل، لان الاصل براءة الذمة. والحكم باشتغالها يحتاج الى دليل واضح، والركون الى هذه التعليلات العليلة مجازفة محضـة كما عرفت، ودعوى العموم في بعض روايات الضمان ـ على وجه يشمل هـذه الصورة ـ ممنوعة، وبذلك يظهر أن الاظهر في الاحتجاج على اعتبار ذلك انما هو كونه هـو الوارد في النصوص، لا ما عللوا به من القصد الـذى تطرقت اليـه هـذه المناقشه. والله العالم.

الثالث ـ المشهور عند الاصحاب اشتراط رضا المضمون له في صحة الضمان، وعللوه بأن حقه يتحول من ذمة غريمه الى ذمة الضامن، والناس يختلفون في حسن المعاملة وسهولة القضاء، فلو لم يعتبر رضاه لزم الضرر والغرر، ونقل عن الشيخ قول بعدم اشتراط رضاه، محتجاً بأن علياً (عليه السلام) وأباقتادة ضمنا الدّين عن الميت، ولم يسأل النبي (صلى الله عليه وآله) عن رضا المضمون له، وأجيب بأنها واقعة لا عموم لها، وأن ذلك انما يدل على عدم بطلان الضمان قبل علمه ورده، ونحن نقول بموجبه، لانه صحيح، ولكن لايلزم الا برضا المضمون له.

أقول: والذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذه المسألة ما رواه ثقة الاسلام والشيخ نوّر الله تعالى مرقديهما عن عبدالله بن سنان (١) في الصحيح «عن أبي عبدالله (عليه السلام) في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء؟ فقال: اذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت».

ورواه في الفقيه (٢) عن الحسن بن محبوب عن الحسن بن صالح الثورى عن أبي عبد الله (عليه السلام) مثله، والحسن بن صالح زيدى ضعيف، والخبر المذكور ظاهر في الدلالة على القول المشهور، وبه استدل جملة من أصحابنا المتأخرين من غير أن ينقلوا له معارضاً في ذلك، مع وجود المعارض في الاخبار، بل تعدده كما

١ـ التهذيب ج ٦ ص ١٨٧ ح ١٧ وفروع الكافي ج ٥ ص ٩٩ ح ٢
٢ـ الفقيه ج ٣ ص ١١٦ ح ٣٣

ستقف عليه .

ومثل هذا الخبر قول الرضا (عليه السلام) في كتاب فقه الرضوي (١) حيث قال (عليه السلام) : «وان كان لك على رجل مال، وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه فالميت قد برء وقد لزم الضامن رده عليك» .

ومنها ما رواه الشيخ في التهذيب في الموثق عن اسحاق بن عمار(٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه: علي دينك قال: يبرئه ذلك، وان لم يوفه وليه من بعده، وقال: أرجو أن لايأثم، وانما اثمه على الذي يحبسه ،

وما رواه في الكافي والتهذيب عن الحسين بن الجهم في الموثق « قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل مات وله علي دين، وخلف ولداً رجالا ونساءاً و صبياناً، فجاء رجل منهم فقال: أنت في حل مما لابي عليك من حصتي وأنت في حل مما لاخوتي وأخواتي، وأنا ضامن لرضاهم عنك ، قال: تكون في سعة من ذلك وحل، قلت فان لم يعطهم؟ قال: كان ذلك في عنقه ، قلت: فان رجع الورثة علي فقالوا: اعطنا حقنا، فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأما بينك وبين الله عز وجل فأنت منها في حل اذا كان الرجل الذي أحل لك يضمن لك عنهم رضاهم فيحتمل الضامن لك» الحديث(٣)

و الخبران المذكوران ظاهرا الدلالة، صريحا المقالة، ولاسيما الثاني في صحة الضمان ولزومه، من غير توقف على رضا المضمون له، فان الثاني صريح في أنه مع عدم الرضا، فان الضمان لازم، وقد ذكرنا في هذا الخبر جملة من الفوايد

١ــ المستدرك ج ٢ ص ٤٩١ ٢ــ التهذيب ج ٦ ص ١٨٨ح ٢٢

٣ــ فروع الكافي ج٧ ص٢٥ كتاب الوصايا ح ٧ ، وفي التهذيب ج٩ ص١٦٧ كتاب الوصايا ح ٢٨ ــ اذا كان الرجل الذي حللك يضمن عنهم رضاهم فيحتمل لما ضمن لك ، وفي الوسائل ج ١٣ ص ١٥٢ الباب ــ٤ــ من ابواب أحكام الضمان ــ اذا كان الرجل الذي حللك يضمن عنهم رضاهم فيحمل لما ضمن لك .

الزايدة على محل الاستدلال في كتاب الديون.

و يدل على ذلك أيضاً ما رواه الشيخ في الصحيح عن حبيب الخثعمي و الصدوق في الفقيه عن أبن ابي عمير عن حبيب الخثعمي عن ابي عبدالله (عليه السلام) «قال: قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير اذن صاحبه قال: لا يأخذ الا أن يكون له وفاء قال: قلت أرأيت ان وجدت من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذى يضمنه يأخذ منه؟ قال: نعم». (١)

وهو كما ترى أيضاً ظاهر في صحة الضمان من غير اشتراط رضا المضمون له، والمراد من الخبر أن الضامن أشهد على نفسه بأنه ضامن، وينبغي تقييده بملائة الضامن أيضاً، وحمله على ذلك.

ولم أقف على من تعرض لنقل هذه الاخبار في المقام، فضلا عن الجواب عنها سوى صاحب الكفاية، فانه نقل موثقة اسحاق بن عمار، وأجاب عنها بأنها تضعف عن مقاومة الخبر الصحيح المعتضد بالشهرة بين الاصحاب، وهو كما ترى، مع أن المخالفة غير منحصرة في الموثقة المذكورة كما عرفت، والمسألة عندى محل توقف واشكال، لعدم معلومية ما يجمع به بين هذه الاخبار. (٢)

١ـ (في الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٢ كتاب الوديعة الباب ـ٨ـ قال: قلت ... بغير اذن فقال ... ارأيت ان وجد من ... الخ) ـ (وفي من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٤) ـ (وفي التهذيب ج ٧ ص ١٨٠ ح ٥ كتاب الوديعة).

٢ـ والعجب من المحدث الكاشاني في المحجة حيث أنه ممن اختار القول المشهور فقال: ـ بعد ذكر المسألة خلافا للشيخ في أحد قوليه للخبر ـ وهو قاصر الدلالة، والظاهر أنه اشار بالخبر الى موثقة اسحاق بن عمار ولا أدرى بما أراد من قصور الدلالة مع أنها واضحة الدلالة على القول المذكور فان ظاهرها أنه بمجرد قول وليه على دينك، تبرء ذمة المضمون عنه من الدين، وتنتقل الى ذمة الولي المذكور، من غير توقف على العلم بالمضمون له، فضلا عن رضاه بذلك، وأخرج منها رواية الحسين بن الجهم كما عرفت. منه رحمه الله

ثم انه بناء على القول المشهور من اشتراط رضا المضمون له فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراخي؟ أم لابد من كونه بصيغة القبول، قولان: استجود في المسالك الثاني، قال: لانه عقد فلابد فيه من القبول، ولاصالة بقاء ما كان من شغل ذمة المضمون عنه وسلامة ذمة الضامن، وانتفاء حق المضمون له الى أن يتحقق المزيل، وحينئذ فيعتبر فيه ما يعتبر في ساير العقود من التواصل المعهود بين الايجاب والقبول، وكونه بلفظ الماضي واللفظ العربي، لانه من العقود اللازمة.

ثم قال: ووجه العدم قصة علي (عليه السلام) وأصالة عدم الاشتراط، ومخالفته لغيره من العقود المملكة، لان الضمان لايثبت ملكا جديداً وانما يتوثق به الدين الذي كان مملوكا، وفيه ان استحقاق المضمون له عند الضامن حقاً ضرب من التملك ثم ينتقض بالرهن، فانه فائدته التوثق مع اشتراطه فيه انتهى.

أقول جميع ما ذكره وأطال به لايخرج عن مجرد الدعوى، ولمأره استند الى دليل يدل عليه ولا برهان يلجأ اليه الا التمسك بأصالة بقاء شغل ذمة المضمون عنه، وعدم شغل ذمة الضامن، وفيه أنه وان كان الامر كذلك لكن يجب النظر في الدليل المخرج عن ذلك من الاخبار الواردة في هذا المضمار، لا مجرد الدعاوى العارية عن الاعتبار.

وأنت خبير بأنه لميرد في الاخبار مما يدل على اشتراط رضا المضمون له الا صحيحة عبد الله بن سنان، وقوله «فيها اذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت» وظاهرها بل صريحها هو توقف ذلك على ما يدل على الرضا بأى لفظ كان، بل بغير لفظ أيضاً، وفي معناها عبارة كتاب الفقه الرضوى، ومن أين يفهم من ذلك اشتراط كونه عقداً مشتملا على الايجاب والقبول بهذه الاعتبارات التي أطال بها، مضافاً الى ما عرفته في كتاب البيع من عدم دليل على هذه الامور المذكورة، بل قيام الدليل على خلافها، وهو ممن وافق على ذلك ثمة، على أنك قدعرفت من الروايات الثلاث التي أوردناها أنه يكفي في حصول الضمان ـ وانتقال المال الى ذمة الضامن ـ قوله

«على دينك أو أنا ضامن لرضاهم عنك»، ونحو ذلك من الالفاظ الدالة على ذلك، وبالجملة فان كلامه هنا بمحل من الضعف الذى لايخفى على المنصف والله العالم.

الرابع: ظاهر جملة من الاصحاب أن رضى المضمون عنه غير شرط في صحة الضمان، بل يظهر من المسالك أن ذلك موضع وفاق، حيث قال بعد قول المصنف: ـ ولاعبرة برضا المضمون عنه، لان الضمان كالقضاء، هذا موضع وفاق، ولان اداء الدين كمايجوز بغير اذنه فالتزامه في الذمة أولى، ولصحة الضمان عن الميت كمامر في واقعة المصلى عليه ولايتصور رضاه. انتهى

وأشار بالواقعة المذكورة الى حديثى على (عليه السلام) وأبي قتادة المتقدمين.

أقول: ما نقله هنا من الاتفاق على الحكم المذكور ينافيه ما نقله في المختلف عن الشيخ أنه قال في النهاية: متى تبرع الضامن من غير مسألة المضمون عنه، وقبل المضمون له ضمانه، فقد برء عهدة المضمون عنه، الا أن ينكر ذلك ويأباه، فيبطل ضمان المتبرع، ويكون الحق على أصله لم ينتقل عنه بالضمان، ثم نقل عن ابن البراج أنه قال: اذا تبرع انسان بضمان حق ثم أنكر المضمون عنه ذلك كان الحق باقياً في جهته، لم ينتقل الى المتبرع بضمان ذلك، قال: وهذا يوافق قول الشيخ من اعتبار رضى المضمون عنه في الضمان، وبه قال ابن حمزة، وهو قول شيخنا المفيد رحمه الله في المقنعة، ثم نقل عن ابن ادريس أنه لايعتبر رضى المضمون عنه، بل يلزم الضمان مع رضى الضامن والمضمون له، قال: وهو مذهب والدى رحمه الله، ثم استدل على ذلك فقال: لنا قوله (عليه السلام) (١) «الزعيم غارم» وما رواه داود الرقى (٢) في الصحيح عن الصادق (عليه السلام) قال: مكتوب في التوراة «كفالة ندامة غرامة» ولانه كالقضاء فلاخيار له كما لو قضى عنه. انتهى

ومنه يظهر ما في دعوى الاتفاق مع ظهور خلاف هؤلاء الاجلاء والقائلون

١ـ المستدرك ج ٢ ص ٤٩٧

٢ـ الوسائل ج ١٣ الباب ٧ من أبواب الضمان ص ١٥٥ ح ٥.

بعدم اشتراط رضى المضمون عنه، قالوا: تفريعاً على ذلك: بانه لو أنكر المضمون عنه بعد الضمان لم يبطل الضمان، وعللوه بأنه لا أثر له، فانه اذا لم يعتبر رضاه ابتداءً فلا عبرة بانكاره بعده، ثم نقلوا هنا خلاف الشيخ وجماعة حيث حكموا ببطلانه بعد انكاره، وردوه بأنه ضعيف جداً.

أقول: ان الشيخ انما حكم هنا ببطلان الضمان بالانكار تفريعاً على قوله باشتراط رضى المضمون عنه في صحة الضمان، مع أنهم لم ينقلوا خلافه هناك، بل ادعوا الاتفاق، وهو يشعر بموافقة الشيخ لهم في تلك المسألة، وتخصيص مخالفته بهذه، ومن ثم نسبوه الى كونه ضعيفاً جداً.

وأنت خبير بأنا لم نجد لهم دليلا شافياً على ما ادعوه من عدم اشتراط رضى المضمون عنه في صحة الضمان، الا ما يذكرونه من جواز أداء الدين عنه بغير رضاه، وغاية ما يستند اليه هنا في أداء الدين حديث الضمان عن الميت، حيث أنه لا يتصور الرضا أو عدمه من الميت.

وما ادعوه من جواز أداء الدين عن الحي وبراءة ذمته مع عدم رضاه بذلك لم نقف له على دليل ومع وجود الدليل عليه فحمل الضمان على ذلك قياس، وان كان مما يرجع اليه بنوع من الاعتبار والاستناد الى الضمان عن الميت أو الاداء عنه غير دال على ما نحن فيه، لظهور الفرق بين الحي والميت، فهو قياس مع الفارق، وما ذكره العلامة من الدليل عليل لا يهدى الى سبيل وبالجملة فالمسألة لما عرفت محل اشكال.

الخامس: الظاهر أنه لا خلاف في أنه متى تحقق الضمان على الوجه المعتبر شرعاً انتقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن، وبرىء المضمون عنه من حق المضمون له، وانما يبقى الحق في ذمة الضامن اذا كان الضمان باذنه دون ما اذا كان تبرعاً وخالف كافة العامة في ذلك حيث قالوا: بان الضمان غير ناقل، وانما هو ضم ذمة الى ذمة، فللمضمون له مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه.

ويدل على القول المذكور مضافاً الى اتفاق الاصحاب (رضوان الله عليهم)، صحيحة عبدالله بن سنان، وموثقة اسحق بن عمار، وموثقة الحسين بن الجهم المتقدمات، فانها صريحة في خلو ذمة المضمون عنه، وانتقال المال الى ذمة الضامن، فعلى هذا لو أبرأ المضمون له ذمة المضمون عنه لم يفد شيئاً، بل كان لغواً وذلك لانك قدعرفت أنه بالضمان انتقل المال الى ذمة الضامن، و برئت ذمة المضمون عنه من حق المضمون له، فهذا الابراء لم يصادف محلا لانه غير مشغول الذمة له.

نعم لو أبرأ ذمة الضامن برئا جميعاً، أما الضامن فلانه مشغول الذمة له، فاذا أبرئه برئت ذمته، وأما المضمون عنه فلان الضامن لايرجع عليه الا بماأداه عنه، و هو هنا لم يؤد عنه شيئاً، فلايرجع اليه بشيء، وخالف الجمهور في ذلك، فقالوا: ان كل واحد من الضامن والمضمون عنه ذمته مشغولة، فاذا أبرأ المضمون له المضمون عنه فقدأبرأ الضامن، لسقوط الحق كما لو أدى المال، ولوأبرأ الضامن لم يبرء المضمون عنه، لان الضامن عندهم كالوثيقة فلايلزم من سقوطها سقوط الدين كفك الرهن.

والحكم المذكور اتفاقي بين أصحابنا كما ذكره في التذكرة: حيث ادعى اجماع علمائنا على ذلك، والمحقق في الشرايع نسبه ألى قول مشهور، وربما كان فيه اشعار بوجود مخالف منا، أو اشارة الى عدم تحقق الاجماع المدعى.

السادس: قدصرح الأصحاب (رضوان الله عليهم) بأنه يشترط في الضامن الملاءة أو العلم باعساره والمراد انه شرط في اللزوم لا في الصحة فلو ضمن ثم بان اعساره كان للمضمون له الفسخ، قالوا: لان عقد الضمان مبني على الارتفاق، والقصد منه استيفاء الدين من الضامن، وانما يكون ذلك اذا أمكن الاداء بايساره، فاذا فات هذا المقصود ثبت للمضمون له الخيار بين الصبر على الضامن، وبين فسخ العقد والرجوع على المضمون عنه.

وهل الخيار هنا على الفور أم لا لم أقف فيه على كلام لهم، والاصل يقتضي

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

امتداده الى ان يثبت المزيل، والمراد بالملاءة المشترطة في الضامن أن يكون مالكا لما يؤدى به الدين فاضلا عن المستثنيات في البيع، وانما تعتبر الملاءة ابتداء لااستدامة فلو كان ملياً وقت الضمان ثم تجدد عدمها قبل الاداء لم يبطل الضمان، ولم يجز له الفسخ، لحصول الشرط حين الضمان.

ولم يحضرني الان خبر في المقام الا ما رواه ثقة الاسلام في الكافي والشيخ في التهذيب عن عيسى بن عبدالله قال احتضر عبدالله بن الحسن ورواه في الفقيه مرسلا قال: «وروى أنه احتضر عبدالله بن الحسن فاجتمع اليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم فقال لهم: ما عندى ما اعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من اخي وبني عمي على بن الحسين أوعبدالله بن جعفر فقال الغرماء: اماعبدالله بن جعفر فملي مطول، واماعلي بن الحسين، فرجل لامال له صدوق وهو أحبهما الينا، فأرسل اليه فاخبره الخبر فقال عليه السلام: أضمن لكم المال الى غلة ولم تكن له غلة فقال القوم: قد رضينا وضمنه فلما أتت الغلة أتاح الله عزوجل له المال فأداه». (١)

والخبر مع ضعف سنده وعدم اسناده الى الامام (عليه السلام) لادلالة فيه على محل البحث، وظني أن الاصحاب لو جعلوا الشرط هنا رضا المضمون له بالضامن، وقبوله له ملياً كان أو غير ملي لكان أظهر، فان مجرد الملاءة مع حصول المطل كما تضمنه هذا الخبر لاتفيد فائدة في ترتب الاثر عليها.

وبالجملة فان اشتراطهم رضا المضمون له كما هو المشهور بينهم بالضمان والضامن كاف عن هذا الشرط هنا، مع أنه لادليل عليه الا ماذكروه من التعليل الذى يحصل بالرضا بالضامن، الا أنك قد عرفت اختلاف الاخبار في ذلك، وأن أكثر الاخبار ظاهر في العدم. والله العالم

١ـ الكافي ج ٥ ص ٩٧ باب قضاء الدين ح ٧ وفي التهذيب ج ٦ ص ٢١١ ح ١٢ وفي من لايحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٥ باب الحوالة حديث ٢ ـ (ولايخفى ان في النسخ اختلافاً جزئياً) وفي الوسائل ج ١٣ ص ١٥٢ ح ١.

السابع ـ الحق المضمون اما أن يكون حالا أو مؤجلا، ثم انه اما أن يضمنه الضامن حالا أو مؤجلا، وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلا، اما أن يكون الاجل الثاني مساوياً للاول، أو أنقص أو أزيد، وعلى التقادير اما ان يكون الضمان تبرعاً، أو بسؤال المضمون عنه، فالصور اثنى عشرة، وقد صرح جملة من محققي المتأخرين ومتأخريهم بأنها كلها جايزة، للاصل، وعموم دلائل مشروعية الضمان، و تحقق الغرض المطلوب منه في الجميع، ولانه كالقضاء عن المدين، وبعض هذه الصور اجماعي، وبعضها محل خلاف، الا أن محل الخلاف في كلامهم غير محرر .

وظاهر كلام المحقق في الشرايع أن الضمان المؤجل جائز اجماعاً، وفي الحال تردد أظهره الجواز، والمراد من الثاني الذى هو محل التردد عنده ما لو كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن حالا .

والمنقول عن الشيخ وجماعة منع الضمان هنا، لان مبنى عقد الضمان على الارفاق، وتسهيل الامر على المضمون عنه، والضمان في هذه الصورة ينافي الغرض المذكور، لان الدين مؤجل والضامن يريد أن يضمنه حالا، ويرجع به على المضمون عنه، و وجه آخر وهو أن ثبوت المال في ذمة الضامن فرع ثبوته في ذمة المضمون عنه، والفرع لايكون أقوى من الاصل، (١) والقائلون بالصحة أجابوا عن ذلك بأن المنتقل بالضمان هو الدين، وأما الاجل فاذا أسقطه المديون وأدى المال حالا جاز، فكذا اذا سأل الضمان كذلك، لان الضامن انما ضمن كذلك باذنه وسؤاله، فهو في معنى الاسقاط له، لكنه لايرجع على المضمون عنه الابعد تمام

١ـ قال في المبسوط : اذا ضمن المؤجل حالا الاقوى أنه لايصح، لانه لايجوز ان يكون الفرع أقوى من الاصل، قال في المختلف : بعد نقل ذلك عنه : الوجه عندى الصحة، ولانسلم تحقق القوة هنا، فانه يجوز للمضمون عنه دفع المال معجلا كذا يجوز الضمان معجلا، فان الضمان كالقضاء اذا ثبت هذا، فاذا ضمن حالا لم يكن له الرجوع على المضمون عنه، الابعد الاجل وان أخذ منه المال حالا انتهى . منه رحمه الله

الاجل، وان أداه حالا بمقتضى الضمان، ولوكان الضامن متبرعاً بالضمان فأولى بعدم الاشتراط، اذ لارجوع له على المضمون عنه فيكون في معنى ما لو أدى عنه ديهته المؤجل قبل الاجل، وهو جائز.

ومن ذلك يظهر أن الجواز هو الاقوى وفي هذه الصورة أعني صورة الضمان حالا صورة أخرى، وهي ما اذا كان الدين حالا، وسيأتي الكلام فيها في المقام. ان شاء الله تعالى.

وأما الصورة الاولى مما نقلناه من كلام المحقق وهي قوله ان الضمان المؤجل جايز اجماعاً فهي شاملة لجملة من الصور، منها ما لوكان الدين حالا فضمنه مؤجلا، وهذه الصورة مجمع عليها، ودعواه الاجماع هنا في محله، والتعليل بالارتفاق و تسهيل الامر على المضمون عنه هنا متجه، لان الدين حال وبالضمان صار مؤجلا، قالوا: وليس هذا تعليقا للضمان على الاجل، بل تأجيل للدين الحال في عقد لازم، (١) ومن حكم هذه الصورة أن المضمون عنه لايطالب قبل حلول الاجل.

أما من المضمون له، فلانه لاطلب له عليه، لانتقال حقه الى ذمة الضامن، و أما من الضامن فلانه ليس له المطالبة حتى يؤدي ولوكان حالا فمع الاجل أولى و ليس للمضمون له أيضا مطالبة الضامن قبل حلول الاجل عملا بمقتضى الشرط.

ومن صور تلك الصورة المشار اليها ما لوكان الحق مؤجلا مع قصور أجل الضمان أو مساواته وتعليل الشيخ والجماعة المانعين من ضمان المؤجل حالا يقتضي المنع من هاتين الصورتين، لما عرفت من أنهم عللوا ذلك وبه صرح في المختلف و غيره أيضاً بأن الضمان ارفاق، (٢) فالاخلال به يقتضي تسويغ المطالبة للضامن،

١ـ بمعنى أنه ليس له مطالبة المضمون عنه حتى يؤدي ما ضمنه في صورة حلول الدين، فكيف في صورة الاجل، فهو بطريق أولى. منه رحمه الله

٢ـ أما لوكان أجل الضمان أزيد من أجل الحق، فانه داخل في الاجماع، لان الاجل الزائد يحصل فيه الارتفاق المطلوب من الضمان. منه رحمه الله

فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال، فينتفي فائدة الضمان، وهذا التعليل بعينه آت في الاجل المساوى والقاصر، ويقتضي أن الضامن لو كان متبرعاً لم يضر، لانتفاء المانع من التسلط على المضمون عنه .

والشيخ فخر الدين منع من ضمان الحال كما ذهب اليه الشيخ، الا أنه علله بعلة أخرى قال : لانه ضمان ما لم يجب، وهذا التعليل يجرى في الاجل القاصر عن أجل الدين، كما هو شامل للحال، ومخرج للمساوى (١) وبالجملة فاطلاق كلام الشيخ ومن تبعه حيث خصوا المنع بصورة ضمان المؤجل حالا يقتضي ثبوت الاجماع المدعى في صورة الضمان مؤجلا لماكان حالا أو مؤجلا بجميع أقسامه، وبالنظر الى التعليلات يدل على اختصاصه بغير الصورتين المذكورتين، وأما الضمان حالا فان كان الدين مؤجلاً فقد اتفق المانعون على منعه نصاً وتعليلا كذا قيل .

وفيه أن الشيخ فخر الدين من القائلين بهذا القول، وقد تقدم تعليله بغير ما علل به الشيخ وان كان حالا، فالشيخ فخر الدين وأتباعه جوزوه لوجوب الحق، و الشيخ وأتباعه منعوه لعدم الارتفاق. والله العالم

الثامن : لو ضمن مؤجلا مع كون الدين حالا ثم مات قبل حلول الاجل حل الدين المذكور، وأخذ من تركته، لما تقدم من أن الميت تحل ديونه المؤجلة بموته، وهذا من جملة أفرادها، وللورثة حينئذ مطالبة المضمون عنه، لان الدين عليه حال كما هو المفروض، ولم يحصل مايقتضي تأجيله، والمؤجل انما هو الدين الذى في ذمة الضامن، لا الذى في ذمته، والضامن انما امتنع رجوعه عليه في حياته

١ـ قال العلامة في المختلف : بعد ذكر ما قدمنا نقله عنه في الحاشية المقدمة من نقل كلام الشيخ في المبسوط ورده له : ما صورته وقد استخرج ولدى العزيز محمد جعلت فداه وجهاً هنا يقوى قول الشيخ رحمه الله، وهو أن الحلول زيادة في الحق، ولهذا يختلف الاثمان به، وهذه الزيادة غير واجبة على المديون، ولا ثابتة في ذمته، فيكون ضمان ما لم يجب فلايصح عندنا انتهى . منه رحمه الله

من حيث أنه لايرجع الا بعد دفع ما ضمنه، وحيث أنه قد مات وحل عليه الدين و أخذ من تركته زال المانع من مطالبة المضمون عنه، ويأتي مثله أيضاً في ما لو دفع الضامن المال في حياته قبل حلول الاجل بأختياره، فان له الرجوع على المضمون عنه، لعين ما ذكر.

وهذا بخلاف ما لو كان الدين مؤجلا على المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك، فانه بحلوله عليه بعد الموت واخذه من تركته لايحل على المضمون عنه، لان الحلول عليه لايستلزم الحلول على الاخر كما لايحل عليه المؤجل لو ضمنه الضامن حالا على القول بذلك.

التاسع: قد صرح الاصحاب من غير خلاف يعرف بأنه متى حصل الضمان على الوجه المعتبر شرعاً، فانه يرجع الضامن على المضمون عنه بما دفعه الى المضمون له ان ضمن باذنه ولو أدى بغير اذنه، ولو ضمن بغير اذنه لم يرجع عليه، وان أدى باذنه، ولو ضمن باذنه وأدى باذنه فأولى بالضمان، ولو ضمن بغير اذنه وأدى بغير اذنه فأولى بعدم الضمان.

وظاهر المحقق الاردبيلي (قدس سره) المناقشة في هذا المقام، حيث قال: بعد ذكر عدم الرجوع مع عدم الاذن في الضمان ماصورته: وأما الرجوع مع الاذن في الضمان مع الاذن في الاداء وعدمه ففيه تأمل، اذ الاذن في الضمان والاداء لايدل على قبول أداء العوض، بشيء من الدلالات، والاصل عدمه، الا أن تدل قرينة حال أومقال على ذلك، كما في لزوم الاجرة على من أمر شخصاً بفعل له أجرة عادة، ولهذا قال في التذكرة: لو قال: اعط فلاناً ألفاً ففعل لم يرجع، وكذا لو قال: اعتق عبدك أو الق متاعك في البحر عند خوف الغرق وعدمه، الا أن ينضم اليه مايدل على قبول العوض، مثل قوله عنّي في الاولين، وعليّ ضمانه وعوضه في الثالث، وبهذا المقدار يلزم، وهذا دليل على عدم اشتراط الصيغة الخاصة، والمقارنة وغيرهما فافهم، ولي في اللزوم مع انضمام قوله عني أيضاً تأمل، وان قالوه الا أن ينضم اليه قرينة، و

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

يعلم من التذكرة الاجماع على الرجوع مع الاذن في مجرد الضمان فتأمل. انتهى

أقول: ويدل على ما ذكره الاصحاب مضافاً الى الاجماع المنقول عن التذكرة ما رواه الشيخ في التهذيب عن الحسين بن خالد «قال: قلت لابي الحسن عليه السلام: جعلت فداك قول الناس الضامن غارم، قال: فقال: ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال» . (١)

وهو ظاهر كما ترى في رجوع الضامن على المضمون عنه بما اغترمه للمضمون له، وأنه لاغرم عليه، بمعنى عدم رجوعه على المضمون عنه، ولو صح ما ذكره من عدم الرجوع للزم حصول الغرم عليه، مع أنه (عليه السلام) قد نفاه عنه، وجعل الغرم على من أكل المال وهو المضمون عنه، وبالخبر المذكور يجب الخروج عن الاصل الذى استند اليه، والخبر وان كان مطلقاً الا أنه محمول على ما اذا كان الضمان باذن المضمون عنه .

وما رواه الشيخ باسناده عن عمر بن يزيد (٢) «قال: سألت اباعبدالله (عليه السلام) عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح على بعض ما صالح عليه قال: ليس له، الا الذى صالح عليه» ورواه الكليني عن عمر بن يزيد في الموثق (٣) ورواه ابن ادريس في مستطرفات السرائر من كتاب عبدالله بن بكير عنه (٤) «قال: سألت أباعبدالله (عليه السلام) عن رجل ضمن عن رجل ضمانا ثم صالح على بعض ما ضمنه فقال قال: ليس له الا الذى صالح عليه» وهو أيضا ظاهر في الرجوع، ومحمول على الاذن في الضمان، ولو كان ما توهمه من عدم الرجوع حقاً لنفاه (عليه السلام) ولم يثبت له الرجوع بشيء بالكلية.

وبالجملة فان كلامه هنا ناش عن عدم الوقوف على شيء من الاخبار المذكورة، وأما

١و٢ــ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٩ ح ٤٨٥ و ص ٢٠٦ ح ٤ .
٣ــ الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٧ .
٤ ــ التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ الباب ٨٤ باب الكفالات والضمانات .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص١٤٩ الباب١ و ص ١٥٣ الباب٦ من كتاب الضمان.

قياسه على لزوم الاجرة فهو ـ مع كونه قياساً لايجوز التعويل عليه في الاحكام الشرعيه ـ قياس مع الفارق، لانه ان كان ذلك الفعل المأمور به يرجع الى الامر بمعنى أنه أمره أن يفعله له ـ فان دعوى عدم استحقاق الاجرة ممنوعة، وان كان لا كذلك كالامر برمي ماله في البحر ونحوه فهو ليس من محل البحث في شيء والفرق بينه وبين ما نحن فيه ظاهر، والقياس عليه قياس مع الفارق كما ذكرناه. والله العالم

العاشر: لو دفع الضامن للمضمون له عما في ذمته عروضا برء الضامن مما عليه، وكان له الرجوع مع الاذن في الضمان بأقل الامرين من قيمة العروض وماتباع به في السوق، ومما كان في ذمة المضمون عنه، لان الضامن لايستحق أكثر مما أدى، والمضمون عنه لايؤدى أكثر مما في ذمته ومما أداه الضامن، فلو فرضنا أن الذى في ذمته كان مأة درهم، والعروض التى دفعها الضامن كانت تساوى خمسين درهماً فليس عليه الا الخمسين، وكذا لو فرضنا أن العروض كانت تساوى مأة وعشرين فليس عليه الا المأة.

أما الاول فلان الضامن لايستحق الرجوع بأزيد مما دفعه، ولهذا لو أبرء المضمون له لم يرجع بشيء ولو ابرء عن البعض لم يرجع الا بالباقي.

وأما الثاني فلان المضمون عنه لايجب عليه أداء أكثر مما في ذمته اتفاقاً، وقال ابن الجنيد على ما نقل عنه في المختلف: لو ضمن زيد لعبدالله ديناً على عمرو، فصالح زيد عبد الله عن جملة ضمانه عن عمرو، على ما يجوز التتابع به بينهما، فان كان ذلك قبل وجوب الحكم على زيد بالمال الذى ضمنه (١) لم يكن له الا قيمته، أو قدر ما أعطاه عبدالله يرجع به على عمرو، وان كان بعد وجوب الحكم كان له الرجوع بأصل الحق على عمرو.

وأجاب عنه العلامة فقال لنا: انه وضع للارفاق، والرجوع بأكثر مما دفع

---

١ ـ أقول: الظاهر أن مراده بوجوب الحكم على زيد كناية عن وقت المطالبة و وجوب الدفع عليه. منه رحمه الله

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

مناف له، فلايصح ثم قال: احتج بأن الثابت في ذمة الضامن قدر المال، ودفع الاقل بعد الحكم عليه، بالاكثر ابتداء عطية من المضمون له للضامن فلايسقط.

والجواب ماتقدم من منافات الضمان لذلك، فالحكمة يقتضي عدم الصحة. انتهى

أقول: والاظهر في الجواب هو ما قدمناه سابق هذا الموضع من روايتي (٢) عمر بن يزيد وعبدالله بن بكير الواردتين في الصلح، وانه ليس له الا الذى صالح عليه، وهي مبنية على أنه أقل الامرين كما هو الغالب، فان الظاهر من المصالحة هو دفع ماهو أقل من الحق وتراضي الطرفين عليه، والا فلو كان ذلك قدر الحق كان أداء للدين، ولايحتاج الى صلح ولاتراض عليه، والرواية دالة باطلاقها على ذلك، سواء كان قبل الحكم الذى هو كناية عن المطالبة، والحكم بوجوب الدفع أو بعده، وما ذكره العلامة طاب ثراه يكون مؤيدا لذلك. والله العالم

الحاديعشر: قال الشيخ في المبسوط: اذا ضمن باذنه كان له مطالبة المضمون عنه بتخليصه وان لم يطالبه المضمون له، وقال أيضاً في الكتاب المذكور: اذا ادعى الضامن الجنون حالة الضمان ولم يعرف له حالة الجنون كان القول قوله، لان الاصل براءة الذمة، وكلا الحكمين محل بحث واشكال.

أما الاول فان ظاهر الاصحاب هو المنع من المطالبة في الصورة المذكورة، لانه انما يرجع عليه بعد الاداء بما يؤديه، والحال أنه هنا لم يؤد شيئا، ولعل المضمون له يبرؤه من الدين كلاً أو بعضاً فكيف يتسلط الان على المطالبة، وأما الثاني فان ما استند اليه من أصالة البراءة معارض أيضا بأن الاصل عدم الجنون، والاصل صحة الضمان فيعارض ما ذكره من الاصل بأحد هذين الاصلين، ويبقى الاصل الثاني سالما عن المعارض.

الثاني عشر: ـ قال الشيخ في المبسوط: اذا ضمن رجل عن رجل ألف درهم وضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز، لان المضمون عنه اصل للضامن، وهو فرع للمضمون عنه، فلايجوز أن يصير الاصل فرعاً والفرع أصلا، وأيضاً فلافائدة فيه.

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قال في المختلف بعد نقل ذلك : والوجه عندى صحة ذلك لوجود المقتضى، وانتفاء المانع ، أما وجود المقتضى فلان عقد الضمان صدر من أهله في محله ، وأما انتفاء المانع فليس الا الاصالة والفرعية ، وذلك لايصح للمانعيـة ، لتحقق المال في ذمة الضامن ، وبراءة ذمة المضمون عنه ، فيكون كالاجنبي، قوله « لا فايدة فيه » قلنا: ممنوع لجواز أن يضمن الحال مؤجلا وبالعكس انتهى .

أقول: ظاهر كلام جملة من الاصحاب جواز التسلسل في الضمان ، بأن يضمن ضامن ، ثم يضمن عنه آخر ، وهكذا ، ويصح دوره ، كما صرح به العلامة فيسقط بذلك الضمان ، ويرجع الحق كما كان ، ولم يخالف في ذلك الا الشيخ كما عرفت.

ومن فروعه المترتبة عليه أنه لو وجد المضمون له الاصل الذى صار ضامنا معسرا جاز له الفسخ والرجوع الى الضامن السابق ، ومنها الاختلاف ، بأن يضمن الحال مؤجلا وبالعكس، كما ذكره العلامة ، وبه يندفع كلام الشيخ أنه لافائدة فيه .

وبالجملة فانه لامخالف في الحكم المذكور الا ما تقدم حكايته عن الشيخ ، والعجب هنا من المحقق الاردبيلي حيث ادعى الاتفاق على الحكم المذكور ، مع اشتهار خلاف الشيخ ، وتصريح الاصحاب به (١) والله العالم .

---

١ ـ حيث انه (قدس سره) قال بعد قول المصنف وترامي الضمان ما صورتـه أى يصح أن يضمن ضامن شخصا ثم يضمنه آخر وهكذا ويسمى التسلسل ويكون حكم كل لاحق مع سابقه حكم الاولين والظاهر عدم الخلاف عند الاصحاب في ذلك و وجهه ظاهرمما تقدم وكانهم يريدون الرد على بعض العامة والظاهر تجويز دوره أيضا عندهم بخلاف العامة . انتهى ومما ذكرنا يعلم ان الاصحاب انما أرادوا بما ذكروه الرد على الشيخ كما عرفت ، لكنـه لما غفل عن خلاف الشيخ ، وظن الاتفاق في الحكم حمل كلامهم على الرد في هذا المقام على العامة . منه رحمه الله

البحث الثاني في الحق المضمون

وفيه مسائل ـ الأولى يشترط في المال المضمون أن يكون ثابتاً في الذمة وان لم يكن مستقراً ، كالثمن في مدة الخيار فيصح ضمانه ، وهذا الضمان قد يكون للبايع القابض الثمن ، فيضمن له عن المشترى على تقدير ظهور كونه مستحقاً للغير ، أو على تقدير ظهور عيب فيه ، ليرجع بأرشه ، وقد يكون ضمانه للمشترى على تقدير ظهور كون البيع مستحقاً للغير ليرجع به ، وعلى التقديرين فانما هو ضمان لعهدته ، لا له نفسه ، والفرق بين الضمانين ظاهر من جهة اللفظ والمعنى .

أما الفرق اللفظي فانه في ضمانه نفسه ، يقول ضمنت لك الثمن الذى في ذمة زيد مثلا ، وفي ضمان العهدة يقول ضمنت لك عهدته أو دركه .

وأما المعنوى فانه بالنسبة الى ضمانه نفسه يفيد انتقاله الى ذمة الضامن ، كما عرفت فيما تقدم ، وبراءة المضمون عنه ، وضمان العهدة ليس كذلك ، بل انما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات ، وفي ضمان المال ليس بلازم ، ولكن يؤل الى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط ، ومال السبق والرماية على خلاف .

و وجه الصحة ـ على ما ذكروه ـ هو أن الجعالة وان كانت من العقود الجايزة والمال فيها لا يلزم الا بتمام العمل ، فان بقى منه شيء وان قل فليس له شيء الا انه يؤل الى اللزوم بتمام العمل ، وقد وجد سبب اللزوم ، وهو العقد فيكون كالثمن في مدة الخيار ،

وأجيب عن ذلك بمنع وجود السبب ، فانه العقد والعمل معاً لا العقد وحده ، وانما هو جزء السبب ، ولم يحصل به ثبوت ولا لزوم ، حتى أنه لو لم يتم العمل وبقى منه شيء ، فانه لا يستحق شيئاً بما مضى ، فيكون الباقى بمنزلة الشرط في استحقاق الجميع ، فكيف اذا كان قبل الشروع في العمل ، والفرق بينه وبين الثمن في مدة الخيار ظاهر ، لان الثمن ثابت في ذمة المشترى ـ مملوك للبايع ، غاية الامر أنه

متزلزل بخلاف الجعالة، فانها لاثبوت لها أصلا حتى يكمل الفعل كما عرفت.

نعم يمكن أن يستدل على هذا القول بظاهر قوله عز وجل (١) «ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم» فان فيها دلالة على جواز ضمان مال الجعالة قبل العمل، لانه ضمنه قبل العمل، وقد استدل الفقهاء بهذه الاية على جملة من مسائل الجعالة والضمان، والظاهر أن ما نحن فيه من قبيل ذلك.

وقطع العلامة في التذكرة بعدم الجواز قبل الشروع في العمل، لانه ضمان ما لم يجب، واستقرب الجواز بعد الشروع، هذا بالنسبة الى الجعالة، وأما مال السبق والرماية فلا اشكال في جواز ضمانه بعد العمل كما تقدم، وأما قبله، فانه يبنى على كونه جعالة أو اجارة، وفيه خلاف سيأتي ذكره انشاء الله تعالى في موضعه، قال في المسالك: والاقوى أنه عقد لازم كيف كان فيلزم المال فيه بالعقد فيصح ضمانه.

الثانية: اختلف الاصحاب في مال الكتابة المشروطة هل يصح ضمانه أم لا؟ فقيل: بالثاني، لانه ليس بلازم ولا يؤل الى اللزوم، وهو مذهب الشيخ في المبسوط، قال: لانه ليس بلازم في الحال، ولايؤل الى اللزوم لان للمكاتب اسقاطه بفسخ الكتابة للعجز فلايلزم العبد في الحال ولايؤول الى اللزوم، لانه اذا أداه عتق، واذا عتق خرج عن أن يكون مكاتباً، فلايتصور أن يلزمه في ذمته مال الكتابة بحيث لايكون له الامتناع، ولان الضمان اثبات مال في الذمة، والتزام لادائه، وهو فرع للمضمون عنه، فلايجوز أن يكون المال في الاصل غير لازم ويكون في الفرع لازما، فلهذا منعنا من صحة ضمانه.

والمشهور الجواز، وبه صرح المحقق والعلامة، والخلاف هنا مبني على الخلاف في مال الكتابة المشروطة هل هو لازم أم لا؟ وحيث أن مذهب الشيخ عدم لزومه من قبل العبد، لانه لو عجز نفسه رجع، وقد بنى عليه مسئلة الضمان.

ومذهب الاصحاب لما كان هو القول باللزوم ثمة، قالوا: باللزوم هنا.

١ـ سورة يوسف الآية ٧٢

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قال في المسالك: ولو تنزلنا الى الجواز فالصحة متجهة أيضاً، لان المال ثابت في ذمة المكاتب بالعقد، غايته أنه غير مستقر كالثمن في مدة الخيار، فعلى هذا متى ضمنه ضامن انعتق لانه في حكم الاداء، بناء على انه ناقل، وامتنع التعجيز كما ادى المال بنفسه ... انتهى

وبالجملة فالظاهر هو المشهور لما عرفت، وموضع الخلاف كما عرفت هو الكتابة المشروطة.

أما المطلقة، فالظاهر أنه لا خلاف في لزومها وصحة ضمانها. والله العالم

الثالثة: لا خلاف في أنه يصح ضمان نفقة الزوجة الماضيه والحاضرة، لاستقرارها في ذمة الزوج.

أما المستقبلة كنفقة الشهر المستقبل فلا، ووجه الفرق بين الحالين أن النفقة عوض التمكين، وهو بالنسبة الى الزمان المستقبل غير حاصل، لجواز النشوز، فالنفقة فيه غير متعلقة بالذمة، فلايصح ضمانها، ثم ان ما علل به الضمان في الموضعين الاولين من استقرار النفقة في الذمة انما يتجه في النفقة الماضية، وأما الحاضرة فانه لااشكال عندهم في وجوبها وثبوتها في الذمة مع التمكين.

لما صرحوا به من أنها تجب في كل يوم حاضر بطلوع فجره مع التمكين.

واما استقرارها ففيه اشكال، مبني على انها لو نشزت في اثناء النهار هل يسترد منها نفقة ذلك اليوم أم لا؟ وفيه خلاف يأتي الكلام فيه انشاء الله تعالى في محله.

قالوا: أما لو ماتت أو طلقها استقرت، وفي تخصيص نفقة الزوجة بالذكر في هذ المقام مع وجوب الانفاق على غيرها من العمودين اشارة الى عدم الضمان في نفقة غيرها، لان الفائت منها لايثبت في الذمة، كما تثبت نفقة الزوجة، بل غاية ما يلزم من الاخلال بها الاثم والمؤاخذة، لان الغرض المقصود من الامر بها البر والصلة، فتفوت بفوات وقتها، بخلاف نفقة الزوجة فانها معاوضة، وقعت في مقابلة التمكين فسبيلها سبيل الدين.

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وقد وقع الخلاف هنا في موضعين:

الاول ـ قال الشيخ في المبسوط : يصح ضمان النفقة الماضية و الحاضرة للزوجة دون المستقبلة ، لانهـا تجب بالتمكين ، ومتى ضمن النفقة فانما يصح مقدار نفقة المعسر ، لانها ثابتة لكل حال ، وأما الزيادة عليها الى تمام نفقة الموس ، فهي غير ثابتة لانها تسقط باعساره ، وتبعه ابن البراج على ذلك .

وهذا الكلام غير خال من الاشكال بل الاختلال ، لأنه متى كان الذى يجب قضاؤه انما هو النفقة الماضية والحاضرة ، والزوج يضمن بنسبة حاله ، فأن كان موسراً ضمن نفقة الموسر ، وان كان معسراً ضمن نفقـة المعسر ، ولايسقط الزايد على نفقـة المعسر باعسار الموسر بعد وجوبه .

ولايتم هذا الكلام الا على مذهب من يقول بضمان النفقـة المستقبـلة ، كما صرح به في المختلف حيث قال : وانما يتم ذلك على مذهب القائلين بصحـة ضمان النفقـة المستقبـلة ، وقول الشيخ في المبسوط كأنه مذهب المخالف ، وتفريع على تسويغ ضمان النفقة المستقبلة ، وتبعه ابن البراج توهماً أن ذلك فتواه . انتهى

وما ذكره (قدس سره) جيد في حد ذاته ، الا أن تطبيـق عبارة الشيخ عليـه مشكل ، والحق أن كلامـه (قدس سره) هنا في المبسوط لايخلو عن سهو وغفلـة ، لعدم ارتباط العبارة وانتظامها .

الثاني:قال ابن ادريس: في الموضع الذى يصح ضمانها فلاتصح الا أن تكون معلومة ، لان ضمان المجهول على الصحيح من المذهب وعند المحصلين من أصحابنا لايصح ، وهو ظاهر في عدم صحة ضمان النفقة مع مجهوليتها ، وعدم معلومية قدرها و كميتها ، وفيه ما يأتي تحقيقه انشاء الله تعالى في هذه المسألة .

الرابعة : اختلف الأصحاب في ضمان المجهول ، والمراد به ما يمكن استعلامه بعد ذلك كما لو ضمن ما في ذمته ، أما لو لم يمكن الاستعلام لم يصح الضمـان قولاً واحداً كما لو قال : ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان ، لصدق الشيء على القليل والكثير ، واحتمال لزوم أقل ما يتناوله الشيء كالاقرار ، يندفع بانه ليس هو المضمون ، وان كان بعض أفراده .

وممن قال بصحة الضمان في المسألة ، الشيخ في النهاية ، وشيخنا المفيد في المقنعة ، و ابن الجنيد و سلار و أبو الصلاح و ابن زهرة و ابن البراج في الكامل ، والمحقق والعلامة وهو القول المشهور على ما نقله في المسالك .

وممن ذهب الى العدم ، الشيخ في المبسوط و الخلاف ، وبه قال ابن البراج في المهذب وابن ادريس .

احتج في المختلف على القول الاول قال: لنا الاصل الصحة ، وعموم قوله تعالى (١) « و أنا به زعيم » و أشار الى حمل البعير ، و الاصل عدم تعينه ، و قوله (عليه السلام) (٢) « الزعيم غارم » و ما رواه عطا عن الباقر (٣) (عليه السلام) قال: قلت له: جعلت فداك ان علي ديناً اذا ذكرته فسد علي ما أنا فيه : فقال (ع) : سبحان الله اوما بلغك أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) كان يقول في خطبته : من ترك ضياعاً فعلي ضياعه ، ومن ترك ديناً فعلي دينه ، ومن ترك مالاً فأكله (٤) فكفالة رسول الله (صلى الله عليه وآله) ميتاً ككفالته حياً و كفالته حياً ككفالته ميتاً ، فقال الرجل: نفست عني جعلني الله فداك » ولو لم يكن ضمان المجهول صحيحاً لم يكن لهذا الضمان حكم ولا اعتبار ، اذ الباطل لا اعتبار به فامتنع من الامام (عليه السلام) الحكم بأن النبي (صلى الله عليه وآله) كافل .

ثم نقل عن الشيخ أنه احتج بأن النبي (صلى الله عليه وآله) « نهى عن الغرر » وضمان المجهول غرر ، لانه لا يدرى كم قدراً من المال عليه ، ولعدم الدليل على صحته ، ثم أجاب عنه (قدس سره) بأن الغرر انما هو في المعاوضات التي تفضي الى التنازع ، أما مثل الاقرار والضمان وشبههما ، فلان الحكم فيها معين ، وهو الرجوع الى قول المقر في الاقرار ، والى البينة في الضمان ، فلا غرر هنا ، والدليل قد بيناه انتهى .

١ـ سورة يوسف الاية ٧٢

٢ ـ المستدرك ج٢ ص٤٩٧

٣ـ التهذيب ج٦ ص ٢١١ ح١١ ـ والوسائل ح١٣ ص٩٢ ح٥

٤ـ قيل قوله فأكله أي أرثه ، لانه (ص) والائمة من بعده وارث من لاوارث له .

منه رحمه الله

اقول : و يدل على القول المشهور زيادة على المذكور ما تقدم من حديث ضمان علي بن الحسين (١) عليهما السلام ، لدين عبدالله بن الحسن ، وحديث ضمانه عليه السلام لدين محمد بن أسامة (٢) فانهما ظاهران بل صريحان في عدم معلومية الدين قدره و كميته وقت الضمان ، الا أن لقائل أن يقول : ان الظاهر من كلام المانعين من ذلك من حيث الغرر أن محل البحث و الخلاف في المسألة انما هو بالنسبة الى الضمان الذي يرجع به صاحبه على المضمون عنه ، وظاهر هذه الاخبار أعني خبر ضمان النبي (صلى الله عليه وآله) وضمان علي بن الحسين (عليهما السلام) أنه ليس كذلك فلاتكون هذه الاخبار من محل البحث في شيء ، وهكذا الكلام في الآية فانه متى خص محل البحث بما ذكرناه ، فان الاية ليست من ذلك في شيء أيضاً ، لان الظاهر منها انما هو ضمان الجعالة كما تقدمت الاشارة اليه .

وبالجملة فانه ان جعل موضع البحث الضمان بقول مطلق ، فالحق في جانب القول المشهور للاية و الاخبار المذكورة ، وان خص بماذكرناه فباب المناقشة غير مسدود لما عرفت . والله العالم .

الخامسة : قد عرفت في سابق هذه المسئلة أن المشهور صحة ضمان المجهول ، الا أن القائلين بذلك اختلفوا فيما يرجع اليه في بيان ذلك المجهول وتعيين قدره ، فقيل بالرجوع في ذلك الى البينة ، بأنه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان ، لاما يوجد في كتاب ، ولاما يقربه المضمون عنه ولاما يحلف عليه المضمون له برد اليمين عليه من المضمون عنه ، فلو لم يكن ثابتاً وقت الضمان بأن تجدد بعده ، فانه لايصح لانه ضمان مالم يجب ، والشهادة به لاتفيد فائدة . ولاعبرة أيضاً بمايوجد في دفتر أو كتاب لعدم الثبوت في ذمته بذلك ، وانما يلزم ضمان الثابت ، ولامايقربه المضمون عنه ، لان اقراره انما ينعقد على نفسه لاعلى غيره ولايحلف عليه المضمون له برد اليمين عليه من المضمون عنه ؛ لان الخصومة الان بين الضامن و المضمون عنه ، فلايلزم ماثبت

---

(١) الوسائل ج١٣ ص١٥١ وص ١٥٣ الباب ٣و٥ من أبواب الضمان

(٢) وقد تقدم حديث محمد بن أسامة في الموضع الثاني من البحث الاول ، واما حديث عبدالله بن الحسن فقد تقدم في الموضع السادس من البحث المذكور منه رحمه الله

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بمنازعة غيره، كمالايثبت بما يقر به.

نعم لو كان حلف المضمون له برد اليمين عليه من الضامن، فان كان النزاع بينه وبين الضامن ثبت على الضامن ماحلف عليه المضمون له وقيل: بلزوم مايقر به الغريم أيضاً، و نقل عن أبي الصلاح وابن حمزة، وفيه ما عرفت آنفاً من ان اقرار المقر انماينعقدعلى نفسه لاعلى غيره (١).

نعم لو كان الاقرار سابقاً على الضمان فانه يلزم الضامن ما أوجبه الاقرار، كماصرح في المختلف، وقيل: بلزوم مايحلف عليه المضمون له مطلقا (٢) وهو منقول عن الشيخ المفيد، قال (قدس سره) - على مانقله عنه في المختلف: ضمان المجهول لازم، كضمان المعلوم حتى يخرج منه بحسب ما تقوم به البينة للمضمون عنه، أو يحلف عليه، وتفسير هذا أن يقول: لانسان قدلازمعليه على حق له عنده خل سبيله، وأنا ضامن لحقك عليه كائناً ما كان، فان أقام المضمون له البينة على مقدار الحق خرج له الضامن، ولايقبل دعواه بغير بينة، الاأن يحلف على مايدعيه، ولايجوزأن يضمن انسان عن غيره مايدعيه كائناً ما كان، ولا مايقترحه من الحقوق، ولاما يخرج حساب في كتاب لاحجة فيه الاأن يتعين المضمون، أو يقوم به حجة على ماذكر انتهى.

وهو ظاهر في الزام الضامن مايحلف عليه المضمون له وهو قول الشيخ أيضاً الا أنه قيده برضا الضامن بالحلف، و حينئذ فيكون هذا قولا رابعاً في المسألة،

و شيخنا الشهيد الثاني في المسالك احتمل أن المراد بالرضا هنا الرد من الضامن بأن حلف المضمون له برد اليمين عليه من الضامن كما هوأحد فردى الاطلاق في عبارة الشيخ المفيد، و قد عرفت آنفاً أنه في هذه الصورة يلزم الضمان ويجب عليه الاداء.

---

١ ـ واما اذا كان حلفه انما هو لدفع المضمون عنه و اثباته الدعوى عليه باليمين المردودة من قبل المضمون عنه فلايلزم منهما ثبوت ذلك على الضامن والدعوى الان انماهو معه كمالايخفى. منه رحمه الله

٢ ـ اى أعم من ان يكون رد اليمين عليه من الضامن أو المضمون عنه منه رحمه الله

وانما الاشكال في صورة رد المضمون عنه، وحينئذ بناء على هذا الاحتمال يرجع الى قول المفيد، ويكون تخصيصاً له بهذه الصورة، وهو جيد، الاانه باعتبار حمل الرضا على الرد لايخلو من بعد، لان الرد أعم من ذلك كماعرفت.

والعلامة في المختلف فرع ذلك على أن يمين المدعى هل هي كالبينة، أو كالاقرار؟ قال: و التحقيق أن يقول: ان جعلنا يمين المدعى كالبينة كان له الرجوع على الضامن، سواء رضي بيمينه أم لا، وان جعلناها كالاقرار افتقر الى رضا الضامن اذا ضمن المجهول.

وبالجملة فالقدر المتيقن من ذلك هو القول الاول وهو الحكم بالبينة وكذا مع رد اليمين من الضامن وحلف المضمون عليه وماعدا ذلك محل توقف واشكال

والعجب هنا من المحقق الاردبيلي (قدس سره) حيث قال: ولايلزمه مايقر به المضمون عنه و لامايثبت عليه برد اليمين، لان الاقرار والحلف لايؤثر في ثبوت حق على الغير وهوظاهر، وكانه مجمع عليه انتهى.

و توهم الاجماع على الانحصار في البينة مع وجود الخلاف كما عرفت، وانتشاره في كتب الاصحاب كالمسالك والمختلف وغيرهما عجيب منه (قدس سره)

ولو ضمن مايشهد به عليه لم يصح الا ان يكون ثابتا في ذمته وقت الضمان فانه لامانع من صحة ضمانه، وأما ماتجدد بعد ذلك فلا، لانه ضمان مالم يجب، ومن شرط صحة الضمان تعلقه بالدين الثابت في الذمة وقت الضمان، وحينئذ فضمانه لمايشهد به عليه شامل لما كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان وما كان متجددا، والاول صحيح دون الثاني

وبذلك يظهر ان اطلاق بعض العبارات-بانه لايصح أن يضمن مايشهد به عليه لانه لايعلم بثبوته في الذمة وقت الضمان ــ ليس في محله.

السادسة قد صرح اكثر الاصحاب بجواز ضمان الاعيان المضمونة التي يجب على من هي في يده ردها، ولو تلفت رد قيمتها كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد، والعارية المضمونة كاحد النقدين المشروط قال في التذكرة: يجوز ضمان أعيانها فانه مال مضمون على المضمون عنه فجاز الضمان عنه، ولو ضمن قيمتها لو تلفت فالأقوى عندي الصحة، لأن ذلك ثابت في ذمة القابض انتهى.

وتردد المحقق في الشرايع ثم قال : الاشبه الجواز .

أقول : ضمان هذه الاعيان اما أن يكون بمعنى تكليف الضامن برد أعيانها على مالكها ، أو بمعنى ضمان قيمتها لو تلفت عند الغاصب ، و المستام و نحوهما ، أوالاعم منهما ، وفي صحة الكل اشكال ، لعدم الدليل على ماذكروه من الجواز ، والاصل عدمه .

و ما استدلوا به ـ من أن منشأه وجود سبب الضمان للعين ، و القيمة وهو القبض على الكيفية المخصوصة ، فيصح ، أما الاول فلانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه ، وأما الثاني فلثبوت القيمة في ذمة الغاصب ونحو لو تلفت ـ منظور فيه بأن الثابت في الاول انماهو وجوب الرد ، وهوليس بمال ، والثاني ليس بواقع، فهوضمان مالم يجب وان وجد سببه ، لان القيمة لاتجب الابالتلف ولم يحصل .

و منه يظهر أن الاظهر عدم الجواز وهو اختيار شيخنا الشهيد الثاني في المسالك لما ذكرناه وزاد ايضاً في القسم الاول فساداً من وجه آخر ، و هو ان من خواص الضمان كما قدعرفت انتقال الحق الى ذمة الضامن ، وبراءة المضمون عنه ، وهنا ليس كذلك ، لان الغاصب مخاطب بالرد و مكلف به اجماعاً ، و انما يفيد هذا الضمان ضم ذمة الى ذمة ، وليس من أصولنا .

ومرجعه الى ماقدمناه من أن الحق الواجب على من بيده المال انماهو الرد الى صاحبه . وهو لاينتقل ، كماهو الحكم الجاري في الضمان ، بل يجب على من هو في يده رده ، ولايخاطب به غيره .

وأما ماذكره المحقق الاردبيلي (قدس سره) حيث قال : و يحتمل الثبوت لصدق الضمان عرفاً مع ثبوت شرعيته مطلقا ، وليس بمعلوم كون ماذكر من لوازمه أوشرائطه ـ نعم غالبا انمايكون كذلك ، ولهذا قال في التذكرة : ضمان المال عندنا ناقل ، وفي ضمان الاعيان المضمونة و العهدة اشكال ، أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن و المضمون عنه الى آخره ، بعد ان اختار جواز ضمان الاعيان المضمونة والعهدة ، و كانه لذلك تردد البعض واستشكل فتأمل . انتهى

ففيه نظر لان الرجوع الى صدق الضمان عرفاً ممنوع ، اذ لامدخل للعرف

هنا مع وجود النهي الشرعي وثبوته نصاً وفتوى ، ودعوى ثبوت شرعيته مطلقاً ممنوع ايضاً فانه محل البحث ومطرح النزاع ، فان الخصم يمنع من ثبوت شرعيته على الوجه المذكور .

وقوله ـ انه ليس بمعلوم كون ماذكر من لوازمه او شرايطه ، مشيراً بذلك الى ما احتج به الخصم من أن مقتضى الضمان الانتقال الى ذمة الضامن ، وبراءة المضمون عنه ـ فيه أنه قد تقدم في الموضع الخامس من البحث الاول مايدل على أن الحكم اتفاقي نصاً وفتوى ، ودعوى كونه غالباً دون أن يكون كلياً ممنوعة .
نعم هذا الحكم انما ورد في المواضع التي قام الدليل على صحة الضمان فيها ، وأما ماذكر هنا من ضمان الاعيان فانا لم نقف في الاخبار مايدل عليه ، وانما جوزه من جوزه بما عرفت من ذلك الوجه الاعتباري الذي تقدم ذكره مع انتقاضه بما عرفت أيضاً ، وكلامه في التذكرة الذي استند اليه هنا لايسمن ولايغني من جوع فانه يرد عليه جميع ماذكرنا .

وبالجملة فانه لما لم يقم هنا على الضمان كما ادعوه دليل واضح ، فالمانع مستظهر ، والاصل العدم ، ودعوى عموم أدلة الضمان لذلك ممنوع لما عرفت ، ثم انه بناء على المشهور من الحكم بجواز ضمان الاعيان المضمونه نفوا الجواز عن الاعيان الغير المضمونة كالوديعة والعارية الغير المضمونة ومال المضاربة وما في يد الوكيل وأمين الحاكم والوصي فانه لايصح ضمانها ، وقد ادعى في التذكرة الاجماع على ذلك ، وجعلوا الفرق بينها وبين ماسبق باعتبار الضمان ، وعدمه ، فحيث كانت تلك الاعيان مضمونة على من هي في يده ، لان يده يدعارية صح جواز الضمان فيها ، بخلاف هذه حيث أنه لاضمان عليه ، وان فرض ضمانه لها على تقدير التعدى والتفريط ، الا أن السبب الان ليس بواقع .

نعم لو كان قدتعدى فيها وصارتمضمونة عليه جازالضمان ، وصارتمن جملة أفراد تلك المسألة ، لوجود السبب وهو كونها مضمونة ، والبحث فيها عن جواز ضمان الاعيان المضمونة أعم من أن يكون ضمانها بالاصل أو العارض ، وأنت خبير بما فيهذا الفرق الذي بنوا عليه ، لما عرفت من أن مجرد كونها مضمونة على من

هي بيده لاتصلح سبباً لجواز ضمانها ، لاختلال شروط الضمان كما عرفت ، والعمدة في ثبوت الاحكام على النصوص الشرعية وحيث لم يرد فيها نص فاثبات الحكم والاعتماد على مثل هذه التعليلات مجازفة سيما مع ما عرفت من انتقاضها وعدم تمامها ، والله العالم .

البحث الثالث في اللواحق

وفيه أيضاً مسائل ، الاولى ـ الظاهر انه لاخلاف بين الاصحاب «رضوان الله عليهم» في جواز ضمان العهدة ، وهو أن يضمن عهدة الثمن للمشترى عن البائع اذا كان قد قبضه البايع في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من أصله ، بأن يكون مستحقاً لغير البايع ، ولم يجز المالك البيع على تقدير صحة بيع الفضولي أو أجازه ولم يرض بقبض الثمن ومثله ما لو تبين خلل في البيع اقتضى فساده كتخلف شرط فيه أو اقترانه بشرط فاسد على القول بكون ذلك مبطلا لاصل العقد ، وملخصه اشتغال الذمة بالمضمون على أحد هذه الوجوه وقت الضمان ، فان ضمان الثمن للمشترى يصح في جميع ذلك و كما يصح ضمان العهدة عن البايع للمشترى ، يصح للبايع أيضاً عن المشترى ، بأن يخرج الثمن مستحقا لغيره ونحوه ، وأن يكون معيباً يستحق الارش به و ظاهر جملة منهم أن دليل هذا النوع من الضمان انما هو الاجماع أو الضرورة فانه لولم يجز مثله للزم تعطيل بعض المعاملات ، فان كثيراً ما يحتاج الانسان الى المعاملات مع من لايوثق به في تلف الثمن ، على تقدير بطلان البيع و عمل المسلمين والى ذلك أشار في التذكرة فقال : وهذا الضمان عندنا صحيح ان كان البايع قد قبض الثمن ، الى أن قال : لاطباق الناس عليه في جميع الاعصار ، ولان الحاجة تمس الى معاملة من لايعرف ولايوثق بيده وملكه ويخاف عدم الظفر به لو خرج مستحقاً للغير .

أقول : و كأنه لذلك : قال به من قال : بعدم جواز ضمان الاعيان ، قال في المسالك : و في الحقيقة هذا فرد من أفراد الاعيان المضمونة على تقدير كونه موجوداً حالة الضمان ، وقد تقدم ما في ضمان الاعيان والمصنف هنا انما رتب الحكم على مذهبه هناك ، أو أن هذا الفرد خارج من البين ، لمكان الضرورة : فان ظاهرهم

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الاطباق على جوازه انتهى .

وأنت خبير بمافي تعليلاتهم في هذاالمقام من عدم الصلوح لتأسيس الاحكام، ولوتم الرجوع الى مثل هذه التعليلات العليلة في تأسيس الاحكام الشرعية لاتسع المجال ، و كثر الخبط في شريعة ذى الجلال ، مع استفاضة الاخبارعن الآل بالمنع عن الفتوى الا بما يعلم عنهم (صلوات الله عليهم) والامر بالرد اليهم فيمالم يرد فيه نص عنهم ، والامر بالسكوت عما سكت الله عنه ونحوذلك كما لايخفى على من تتبع الاخبار ، وجاس خلال تلك الديار .

نعم لايبعد فيما ذكروه في ضمان الثمن بعد التصرف فيه ورجوعه الى الذمة ، فانه يصير حينئذ من قبيل ضمان مافي الذمة لاضمان الاعيان ، وهومما لاخلاف فيه ، فانه متى كان ثابتا في ذمة المضمون عنه وضمنه الضامن والحال هذه فانه لااشكال في صحته .

وقال المحقق الاردبيلي (قدس سره) ولااستبعاد في ضمان الاعيان بمعنى جواز طلب العين ممن في يده و الضامن مخير في وجوب رد العين عليهما ، و عوضها بعد التلف بعد الضمان ، بل لايبعد كونه ناقلا أيضاً بمعنى وجوب الرد ، فيطلب العين عن الضامن فيأخذها من المضمون عنه ويردها الى أهلها ان ثبت النقل بالدليل مطلقاً والايكون النقل مخصوصاً فيما يمكن من الاموال التي في الذمة .

قال في التذكرة ضمان المال عندنا ناقل للمال من ذمة المديون الى ذمة الضامن على ما يأتي ، و في ضمان الاعيان المضمونة و العهدة اشكال ، أقربه عندى جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه ، أما الضامن فللضمان ، وأما المضمون عنه فلوجود العين في يده أوتلفها فيه ، وفي العهدة ان شاء المشترى طالب البايع وان شاء طالب الضامن ، لان القصد هنا بالضمان التوثق لاغير انتهى .

ولايخفى عليك مافي هذا الكلام فانه مجرد دعوى وعارية عن الدليل ، والبحث في صحة الضمان في هذا المقام واثباته بالدليل الظاهر ليمكن بناء ماذكروه من هذه الاحكام عليه ، وان كان بنوع من التجوز في بعض الموارد ، ومتى كان ذلك غير ثابت ولاصحيح .

فجميع هذا الكلام نفخ فـي غير ضرام ، وتفسير الضمان بمعنى طلب العين ممن في يده كما ذكره في صدر كلامه مجاز بعيد ،لايصار اليه الابدليل، والافمعنى الضمان شرعاً هو انتقال الحق الى ذمة الضامن ، وتفسير النقل بماذكره من وجوب الرد أبعد ، وقوله والايكون النقل مخصوصاً بما فـي الذمة فيه ماتقدمت الاشارة اليه من أنه انما اختص بما في الذمة ، لكونه هومورد الضمان شرعاً .

وأما غيره مما ذكره في ضمان العين المضمونة والعهدة الراجع اليه أيضاً فليس من الضمان فـي شيء لعدم الدليل عليه ، فلم يترتب عليه الحكم المذكور وتكلف ترتيبه عليه بهذه التجوزات السخيفة فرع ثبوته أولا، وليس فليس .

وبما ذكرنا يظهر لك ان ضمان العهدة ان تعلق بالعين الموجودة فهوداخل تحت ضمان الاعيان المضمونة وان كان ظاهرهـم هنـا الاتفاق عليه للضرورة كما ادعوه بخلافه ثمة لما تقدم من الخلاف في تلك المسئلة وان تعلق بالثمن بعد تلفه واستقراره في الذمة فهوداخل في ضمان الديون التي في الذمة ، ولااشكال في الصحة.

تنبيهات الاول

قال في التذكرة المناط في ضمان العهدة أن يقول الضامن للمشترى :ضمنت لك عهدته أوثمنه أودركه أوخلصتك ، والظاهر أن مراده من ذكر هذه الالفاظ مجرد التمثيل ، بمعنى أن كل لفظ يفهم منه ذلك كهذه الالفاظ ونحوها ،فانه ،يقع به الضمان ، ويصح ذلك للبايع أوالمشترى ، ومحل الضمان المذكور كل موضع يظهر فيه بطلان العقد ، كما تقدم .

الثانيـ قد عرفت مما تقدم أن من شروط صحة ضمان العهدة اشتغال الذمة بالمضمون على أحد الوجوه السابقة ، وحينئذ فالمعتبر في ضمان العهدة وجـود الضمان حالته ،فلاعبرة بالتجدد بعد ذلك كالفسخ بالتقايل ، وتلف المبيع قبل القبض ، والفسخ بخيار الحيوان ، وخيار المجلس ونحوها فانه حالـة الضمان ليس بفاسد ، ولم يحصل الاستقرار في الذمة الذى هو شرط في الضمان ، فلم يكن مضموناً فضمانه على هذا التقدير يكون من قبيل ضمان مالم يجب وحينئذ فلايدخل هذا في ضمان العهدة ، ومثله أيضاً لوفسخ المشترى بعيب سابق فانه لايدخل ذلك في ضمان العهدة

فلايلزم الضامن الثمن على تقدير الفسخ بالعيب بل يرجع به المشترى على البايع، ويطالبه به ، لان الفسخ بالعيب انماأبطل العقد من حينه ، لامن أصله كما في ضمان العهدة الذى تقدم تحقيقه فلم يكن حالة الضمان وهو وقت البيع مضمونا .

حتى أنه لوصرح بضمانه في ذلك الوقت فسد (١) لانه ضمان مالم يجب ، و الذمة انما اشتغلت به بعد الفسخ ، والشرط الذى يبنى عليه الضمان كما تقدم هو ضمانه حال اشتغال الذمة بـه ، فوقت الضمان الذمة غير مشغولة ، ووقت الاشتغال متأخر لم يقع فيه ضمان ، فلم يصادف الضمان محله ، ولايؤثر هنا تقدم سبب الفسخ ، وهو العيب الموجود حال البيع ، لانك قد عرفت أن المدار على اشتغال الذمة وقت الضمان ، و هو غير حاصل ، و مجرد تقدم السبب مع أنه قد يرضى به المشترى ولا يفسخ العقد غير موجب لصحة الضمان لما عرفت .

الثالث ــ قد اشتهر في كلام الفقها تسمية هذا الضمان بضمان العهدة ، وضمان الدرك ، وقد صرح العلامة في التحرير وغيره في غيره بأن العهدة ، في الاصل اسم للوثيقه ، أو الكتاب الذى يكتب فيه وثيقة البيع ، و يذكر فيه مقدار الثمن وأحواله من وصف وحلول وتأجيل ، ثم نقل الى نفس الثمن ، وغلب فيه .

وقال في التذكرة : سمى ضمان العهدة لالتزام الضامن مافي عهدة البايع رده، لما ذكره في الصحاح ، فقال : يقال في الامر : عهدة بالضم : أى لم يحكم بعد وفي عقله عهدة أى ضعف ، فكان الضامن ضمن ضعف العقد ، والتزم مايحتاج اليه فيه من عزم ، أوأن الضامن من التزم رجعة المشترى عليه عند الحاجة . انتهى .

وأما تسمية ضمان الدرك فقال في التذكرة ايضاً : وأما الدرك فقال في الصحاح الدرك التبعة ، وقيل: سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله .

وقال في المسالك : وقيل :يسمى ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند ادراك الشخص عين ماله .

أقول : قال في القاموس الدرك ويسكن : التبعة ، و في الصحاح ، الدرك :

(١) فيه اشارة الى الرد على من قال بدخول هذا الفرد في الاطلاق وصحة ضمانه وأنه من جملة ضمان العهدة لتقدم سبب الفسخ وفيه ما عرفت في الاصل . منه رحمه الله :

التبعة ، و قال فـي كتاب المصباح المنير بعد أن قال : أدركته اذا طلبته فلحقته ، والدرك بفتحتين وسكون الراء لغة من أدركت الشيء ، ومنه ضمان الدرك انتهى.

الرابع ـ قد عرفت أنه لو فسخ المشترى بعيب سابق فانه لا يدخل ذلك فـي ضمان العهدة ، ولا يلزم الضامن الثمن لعدم اشتغال ذمـة المضمون عنه وقت العقد بالثمن ، وانما حصل ذلك بعد الفسخ .

وانما يبقى الاشكال (١) (فيما لو طالب المشترى بالارش ، فهل يرجع بـه علـى الضامن متى ضمنـه لان استحقاقه ثابت وقت العقد ، وهـو مناط الفرق بين الثمن والارش ، فيدخـل الارش فـي ضمان العهدة ، دون الثمن على تقدير الفسخ بالعيب ، فان الثمن انما يجب بالفسخ اللاحق المتاخر عن الضمان .

وأما الارش فانه جزء مـن الثمن ثابت به وقت الضمان ، فيندرج في ضمان العهدة غاية الامر انه مجهول القدر ، وقد تقدم صحة ضمان المجهول على التفصيل المتقدم ، والحكم هنا مبني على ماثبت هناك ، أم لا يرجع نظراً الى أن الاستحقاق للارش انما جعل بعد العلم بالعيب ، واختيار أخذ الارش ، والموجود حالـة العقد من العيب ما كان يلزمه بغير الارش ، بل اللازم التخيير بينه وبين الرد ، فلم يتعين الرد الا بالاختيار .

و ملخص الاشكال المذكور يرجع الى أن الارش هل هو ثابت بالعقد ، وانما يزول بالفسخ ، والرجوع الى الثمن أو أن سببه وان كان حاصلا ، فانه لا يثبت الا باختياره ، و لعـل الاول أقرب ، بناء على هـذه التعليلات ، نظراً الى أن الارش كان واجباً بالاصل ، لانه عوض جزء فايت من مال المعاوضة ، و يكفي فـي ثبوته بقاء المشترى على الشراء وانما ينتقل الى الثمن بارتفاق آخر حيث لـم يسلم له المبيع تاما ، والله العالم .

المسألة الثانية ـ قالوا : اذا خرج المبيع مستحقاً رجع على الضامن ، أما

---

(١) وفيه اشارة الى أنه لو كان الضمان انما هو بعهدة الثمن فانه لا يشمل الارش ، الا أن يكون ذلك معلوماً ومقصوداً منهما ، ويمكن أن يكون هذا وجه الرد والاشكال ، وأما اذا ضمن الارش وخرج به ، فانه لا اشكال في صحة الضمان لما ذكرناه في الاصل ، وظاهرهم أن محل الخلاف انما هو اذا ضمن الثمن خاصة ، وكلام الاكثر خال من التخصيص بالثمن .منه رحمه الله .

لو خرج بعضه فانه يرجع على الضامن بما قابل المستحق ، و كان في الباقي بالخيار، فان فسخ رجع بما قابله على البايع خاصة .

أقول : أما الكلام فيما اذا خرج الجميع مستحقاً فظاهر ، وأما فيما لو خرج بعضه مستحقاً فانه يطالب الضامن بحصته من الثمن ، و ذلك فان ثمن ذلك البعض حيث أن البايع باعه ، وهو لايستحقه بقي في ذمة البايع وقت البيع ، فصح ضمانه .

ولو قلنا بصحة بيع الفضولي توقف على اجازة المالك لذلك البعض ، فان أجازه صح ، وان لم يجز فالحكم كما ذكر ، ثم ان المشترى يتخير بين الفسخ لتبعيض الصفقة ، وبين الرضا على الوجه المذكور ، فان فسخ في الباقي رجع بثمنه على البايع خاصة على المشهور ، لعدم تناول الضمان له ، فان ثبوت ثمن هذا الباقي انما حصل بعد الفسخ ، لاحال الضمان ، ومن شرط الضمان كما تقدم اشتغال الذمة بالمضمون حال الضمان .

ونقل عن الشيخ الخلاف هنا ، والقول بجواز الرجوع على الضامن للجميع قال في المختلف : اذا خرج بعض المبيع مستحقاً رجع المشترى على الضامن للعهدة بما قابل المستحق من الثمن ، فان فسخ البيع لتبعيض الصفقة ، قال الشيخ : رجع بما قابل الباقي أيضاً على الضامن ان شاء ، وليس بجيد ، لنا انه حصل بسبب متأخر وهو الفسخ المتجدد بعد البيع ، فلايرجع به على الضامن لعدم دخوله في ضمانه ، لانه لم يجب وقت الضمان ، احتج الشيخ : بأن السبب فيه الاستحقاق الذى حصل في بعضه ، والجواب المنع ، بل السبب الفسخ ، انتهى .

أقول : قد تقدم في مسألة الرجوع بالارش بسبب العيب ان الاشهر الاظهر الرجوع به على الضامن ، لوجود سبب الاستحقاق وقت الضمان ، فانه ضمنه ، والمبيع معيب يستحق للمشترى فيه الارش ، لانه عوض من ذلك الجزء الفائت من المبيع وما نحن فيه كذلك كما ذكره الشيخ ، فان تبعيض الصفقة الذى هو سبب الفسخ الناشىء من استحقاق بعض المبيع كان متحققاً وقت المبيع ، والقائل ـ بعدم جواز الضمان هنا ـ عليه بيان الفرق بين الموضعين ، فانهما من باب واحد لايعرف بينهما فرق ، وبذلك يظهر أن المسألة لاتخلو من الاشكال ، والله العالم .

المسألة الثالثة - قالوا لو ضمن ضامن للمشترى درك ما يحدث من بناء أو غرس لم يصح ، لانه ضمان مالم يجب ، و المراد أنه حيث كان للمشترى التصرف فيما يشتريه بالبناء والغرس ونحو ذلك ، فلو خاف ظهور كون المبيع مستحقاً ويذهب مايغرسه فيه ويبنيه مجاناً فضمن له ضامن أنه انظهر كونه مستحقاً وقلع المالك الغرس وهدم البناء فهو ضامن لدرك ذلك ، هل يصح هذا الضمان أم لا ؟ الوجه أنه لايصح ، لانه ضمان مالم يجب ، لانه حين الضمان لم يكن مستحقاً للارش على البايع ، وانما استحقه بعد القلع ، وخراب البناء ،المتأخرين عن وقت الضمان .

والمراد بالدرك الذى ضمنه الضامن هو الارش الذى يلزم للمشترى فى مثل هذه الصورة ، وهو تفاوت مابين قيمة تلك الاشجار ، والبناء مثبتة ومقلوعة ،ويأتى على ماتقدم من صحة الضمان مع تقدم سبب الاستحقاق صحة الضمان هنا ، لانه وان كان الارش غير مستحق الا بعد القلع وهو الذى بنى عليه عدم الضمان كماعرفت ، الا أن سببه كان موجوداً وقت الضمان ، و هو كون الارض مستحقة للغير ، فينبغى جريان الاحتمال السابق فيما نحن فيه ، وحيث انه قد تقرر وعلم أنه اذا ظهرت الارض مستحقة وقد بنى المشترى فيها او غرس ، فأزال المالك ماأحدثه فان له الرجوع على البايع بالارش كما تقدم ، فلو ضمن البايع والحال هذه درك ذلك .

فهل يصح الضمان ، قيل : نعم ، لانه لازم بنفس العقد ، وكأنه أريد انه لازم بالعقد ضمن أم لم يضمن ، فضمانه يصير مؤكداً .

وأورد عليه بأنه لايلزم من ضمانه لكونه بايعاً مسلطاً له على الانتفاع مجاناً ضمانه ، لعقد الضمان ، مع عدم شرائطه التى من جملتها كونه ثابتا حال الضمان، فعدم الصحة أولى .

و بذلك يظهر أنه ليس الخلاف فى ثبوته على البايع أم لافانه ثابت عليه بغير اشكال كما تقدم ، بل الخلاف انما هو فى ثبوته بسبب الضمان - وان كان ثابتاً بدونه ، بمعنى أن كلاً منهما سبب على حدة ،ويظهر الفائدة فيما لو أسقط المشترى عن البايع حق الرجوع بسبب البيع ، فانه يبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما فان له الفسخ بالاخر ان شاء ، والله العالم .

المسألة الرابعة ـ اذا اختلف الضامن والمضمون له في قبض مال الضمان وادعى الضامن دفعه مع كون ضمانه باذن المضمون عنه ، وانكر المضمون له ذلك فان مقتضى القاعدة أن القول قول المضمون له بيمينه ، لانه منكر ، والاصل عدم الدفع فهاهنا أحوال :

الاولى ـ هذه الحال ومقتضاها أنه ليس للضامن رجوع على المضمون عنه بشيء لانه انما يرجع عليه بماغرمه ، وهنالم يتحقق غرمه ، واستحقاق الرجوع مشروط به وعلى هذا فلا فرق بين أن يكون ضمانه بالاذن وعدمه ، و انما قيدنا بالاذن أولاً ليترتب الاحكام الاتية عليه ، اذ لاتهمة مع التبرع ـ و لارجوع .

الثانية ـ أن يشهد المضمون عنه للضامن بأنه دفعه ، بشرط عدالته وعدم تطرق التهمة اليه ، فانه تثبت شهادته على القول بدفعه ، والوجه فيه أن شهادته بذلك متضمنة للشهادة على نفسه ، حيث انه لما كان الضمان باذنه موجباً لرجوع الضامن عليه فشهادته بالأداء شهادة على نفسه ، وشهادة لغيره فتسمع ، الا أن يتطرق اليها التهمة .

وقد فرضوا للتهمة صوراً ، منها ـ أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق ، فيكون رجوعه انما هو بذلك الاقل ، فشهادة المضمون عنه له بذلك تجر الى نفسه نفعا ، فان ذلك اذا لم تثبت يبقى مجموع الحق في ذمته للضامن .

ورد ذلك بأنه يكفي في سقوط الزايد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك ولاحاجة الى الثبوت بالبينة كما سيأتي ، وعلى هذا تندفع التهمة فتقبل الشهادة .

قالوا : ومنها أيضاً أن يكون الضامن معسراً ثم يعلم المضمون له باعساره ، فان له الفسخ حيث لاتثبت الاداء ، و يرجع المضمون له على المضمون عنه ، فيدفع بشهادته عود الحق الى ذمته .

ومنها أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر بالفلس ، والمضمون عنه عليه دين ، فانه يوفر بشهادته مال الضمان ، فيزداد ما يضرب به .

الثالثة ـ أن لايكون شهادة المضمون عنه مقبولة لاحد الوجهين المتقدمين ، فيحلف المضمون له ، فانه متى حلف كان له مطالبة الضامن ، و يرجع الضامن على المضمون عنه بما ادعا أنه اداه أولاً ، لاعترافه بأنه لايستحق سواه ، وأن ما أخذ

منه بعد اليمين انما هو ظلم و عدوان ، مع موافقة المضمون عنه له على ذلك ، وينبغي أن يعلم أن رجوعه بمادفعه اولامقيد بأن يكون مساويا للحق أوأقل منه ، و الارجح بأقل الامرين لانه لايستحق الرجوع بأزيد من الحق .

الرابعة — لو لم يشهد المضمون عنه قالوا : يرجع الضامن بما اداه اخيراً ، لانه لم يثبت ظاهراً أداء سواه ، هذا اذا لم يزد على ما ادعاه اولا ولا على الحق ، والارجح بالاقل من الثلاثة ، لان الاقل ان كان هو ما غرمه اولا فلزعمه أنه لايستحق سواه ، فان الثاني ظلم ، وان كان الاقل ماغرمه ثانياً ، فلانه لم يثبت ظاهراً سواه ، وان كان الاقل هو الحق ، فلانه انما يرجع بالاقل من المدفوع والحق ، هذا .

اقول : وعندي في الفرق بين هذه الصورة وسابقتها تأمل . حيث حكم في هذه بالرجوع بماأداه أخيراًلماذكروافي سابقتها بما أداه اولاًلماتقدم ، مع امكان اجراء كل من العلتين بل فيكل من الموضعين .

وبالجملة فالغرض من التطويل بهذه ألاحكام مع عدم النصوص فيها من أهل الذكر (عليهم السلام) تشحيذ الاذهان و الافهام ، والاطلاع على تفريعاتهم في كل مقام ، مع أن جملة منها لايمكن استنباطه من القواعدالشرعية ، والضوابط المرعية ، والعمل على الاحتياط ، في كل حكم خلامن النصوص . والله العالم .

المسألة الخامسة : اذا كان له على رجلين مال ، فضمن كل منهما صاحبه ، فانه لااشكال في صحة هذا الضمان من استكمال شرائطه المتقدمة ، و على هذا يتحول ماكان على كل واحد منهما الى صاحبه ، وحينئذ فان تساوى المالان وكان ضمان كل واحد بسؤال الاخر و لم يتغير وصف الدين بالحلول والتأجيل ، ففائدة هذا الضمان تعاكسهما في الاصالة والفرعية .

و مما يترتب على ذلك ، مالوأبرء المضمون له أحدهما ، فانه يبرء الاخر ، وهذا الابراء انما ينصرف الى ماضمنه عن صاحبه ، لانه هوالباقي في ذمته للمضمون له ، والا فأصل المال الذي دفعه قد انتقل بالضمان الى ذمة صاحبه ، فلامعنى للابراء منه كما تقدم ، وحينئذ فاذا أبرأه من مال الضمان لم يكن له الرجوع على صاحبه ، لانه لايرجع عليه الابما اغترمه عنه ، والحال أنه لم يغرم شيئا بسبب الابراء ، فمن

أجل ذلك برئت ذمة الاخر من ذلك ·

وأما ما اشتغلت به ذمة الاخر من مال الضمان الذى ضمنه عن ذلك الذى أبرأه المضمون له ، فهو باق فى ذمته فبراءة ذمة الاخر انما هو مما كان عليه لا مما ضمنه ، وانما يتحول ما كان على كل واحد الى صاحبه مع ضمانهما دفعة ، ورضي المضمون له بهما فلو رد احدهما واجتمع الحقان على الاخر، وكذا لو ضمنا على التعاقب اجتمعا على الاخير الا أن يحصل التخصيص . (١)

المسألة السادسة ـ اذا رضي المضمون له من الضامن ببعض المال ، او أبرأه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه الا بما اداه ولو أبرأ من بعضه لم يرجع على المضمون عنه الا بما أداه ولو أبرأه منه كملا لم يرجع بشيء ، وكذا لو دفع الضامن عرضا عما فى ذمته للمضمون له ، فانه يرجع على المضمون عنه بأقل الامرين من قيمته السوقية ومن أصل الدين .

قال فى المسالك : ولا فرق فى ذلك بين أن يكون قد رضي المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقد ، و بين ان يصالحه الضامن به عن ماله ، فلو كان ثوبا يساوى مأة وصالحه عن الدين وهو مائتان لم يرجع الا بقيمة الثوب هذا اذا اجرى البيع على العرض بنفس المال المضمون له .

أما لو صالحه عليه فى المثال بمأتين مطلقا ثم تقاصا فالمتجه رجوعه بالمأتين لانها تثبت له فى ذمته بغير الاستيفاء ، وانما وقع الاداء بالجميع ، ويحتمل الرجوع بقيمته خاصة ، لان الضمان وضع للارفاق ، وتوقف فى التذكرة فى ذلك . انتهى .

اقول : وقد تقدم الكلام فى هذه المسألة فى الموضع الخامس والموضع العاشر من البحث الاول .

---

(١) ووجهه أنه اذا ضمن زيد ما فى ذمة عمرو انتقل ما فى ذمة عمرو الى ذمة زيد مع ما كان فى ذمة زيد اولا ، وحينئذ فاذا ضمن عمرو ما فى ذمة زيد انتقل جميع ما فى ذمة زيد من الدين الذى عليه اولا ومال الضمان الذى ضمنه عن عمرو كله الى ذمة عمرو ، أما لو خصص الضمان فان قال : ضمنت ما فى ذمتك من المال الذى استدنته من فلان اختص الضمان به ، وهذا فائدة القيد الذى رووناه فى الاصل. منه رحمه الله .

المسألة السابعة ـ قد صرح الاصحاب بجواز ترامي الضمان ودوره ، بان يضمن ضامن ثم يضمن عنه آخر وهكذا الى عدة ضمناء ، ولامانع منه لتحقق شرطه ، وهو ثبوت المال في ذمة المضمون عنه ، وهو هنا كذلك ، وحينئذ فيرجع كل ضامن على من ضمن عنه اذا كان الضمان باذنه بما أداه عنه ، ويصح دوره ، بأن يضمن الاصل ضامنه ، أو ضامن ضامنه وان تعدد ، فيسقط بذلك الضمان ، ويرجع الحق كما كان ، ويترتب عليه أحكامه ، كما لو وجد المضمون له الاصل . الذى صار ضامنا معسرا مثلا .

فان له الفسخ والرجوع الى الضامن السابق، وقد يختلفان بأن يضمن الحال مؤجلا ، و بالعكس كما تقدم في الموضع السابع من البحث الاول ، وقد تقدم نقل خلاف الشيخ في ذلك . والله العالم .

المقصد الثاني في الحوالة

والبحث فيها يقع في مسائل : **الاولى** : قيل الحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله ، وفي التذكرة : عرفها بأنها تحويل الحق من ذمة الى ذمة ، ولم يشترط في الذمة المحول اليها الاشتغال بمثل المال المحول ، ادخالا للحواله على البرىء في التعريف المذكور ، وظاهر التعريف الاول خروجه ، مع أنهم عدّوا الحوالة على البرىء من هذا الباب، وأورد على العلامة في تعريفه في التذكرة ـ بأنه وان قصد باسقاط هذا القيد المحاولة لادخال هذا الفرد لئلا ينتقض التعريف في عكسه ، الا أنه وقع فيما هو أصعب منه ، لشموله حينئذ للضمان بالمعنى الاخص لأن المال يتحول فيه من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، فانتقض في طرده .

وأجاب عنه المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) ، بأن المراد كما هو الظاهر التحويل من ذمة المحول الذى هو المحيل لا مطلقا ، قال : على أنه ليس أصعب ، لان التعريف بالأعم جائز عند المتقدمين ، بخلاف الاخص فانه غير جائز عند أحد فقوله في شرح الشرايع : فوقع فيما هو أصعب منه محل التأمل ، انتهى .

ثم ان في تعريفهم لها بأنها تحويل الحق أو تحويل مال ، ما يشير الى أن الحوالة ناقلة للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، ومن أجل ذلك سميت حوالة .

قال في التذكرة : الحوالة عقد لازم ، فلابد فيها من ايجاب وقبول ، كغيرها من العقود ، والايجاب كل لفظ يدل على النقل والتحويل مثل أحلتك وقبلتك واتبعتك ، والقبول مايدل على الرضا نحو رضيت وقبلت ، ولاتقع معلقة بشرط ولا صفة ، بل من شرطها التنجيز ، فلو قال : اذا جاء رأس الشهر أو ان قدم زيد فقد أحلتك عليه لم يصح ، لاصالة البرائة وعدم الانتقال ، ولايدخلها خيار المجلس . لانه مختص بالبيع ، وليست بيعاً عندنا ، وهل يدخلها خيارالشرط ، منع منه أكثر العامة ، والحق جواز دخوله لقولهم (١) (عليهم السلام) : « كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة فانه جائز » ، ولو قال : أحلني على فلان ، فقال أحلتك ، افتقر الى القبول ، ولا يكفي الايجاب ، انتهى .

أقول : قد عرفت في غير موضع ولاسيما في كتاب البيع مما في اشتراطهم للايجاب والقبول ونحوهما من الشروط التي أوجبوها في العقود من عدم الدليل على ذلك ، بل اطلاق الاخبار وعبارات العقود المذكورة فيها ترد جميع ماذكروه ، وأن الامر في العقود أوسع مما ضيّقوه ، والظاهر أيضاً تطرق المناقشة الى ماذكره من عدم جواز كونها معلقة على شرط ، لعدم الدليل عليه ، ولعموم(٢) «المسلمون عند شروطهم » ، والله العالم .

الثانية ـ لايخفى أن أركان الحوالة ثلاثة : المحيل ، والمحتال ، والمحال عليه ويعتبر رضا الثلاثة عند الاصحاب ، أما المحيل فموضع وفاق ، قال في التذكرة : يشترط في الحوالة رضى المحيل ، و هو الذي عليه الحق اجماعاً ، فلو اكره على أن يحيل فأحال بالاكراه لم يقع الحوالة ، ولانعرف فيه خلافاً ، فان من عليه الحق مخير من جهات القضاء ، فله أن يقضي من أي جهة شاء ، لايتعين عليه بعض الجهات قهراً .

وأما المحتال فالوجه في اعتبار رضاه أن حقه ثابت في ذمة المحيل ، فلايلزمه نقله الى ذمة اخرى الا برضاه ، والحكم في ذلك أيضاً اجماعي كما صرح به في التذكرة ، فقال : يشترط رضاء المحتال عند علمائنا أجمع ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ، ثم ذكر نحو ماذكرناه من التعليل .

(١) (٢) الوسائل ج ١٢ الباب ٦ ـ من ابواب الخيار ص ٣٥٣

وأما المحال عليه فالمشهور بين أصحابنا (رضوان الله عليهم) اعتبار رضاه أيضاً، (١) بل ادعى عليه الشيخ الاجماع ، قال في المختلف : احتج الشيخ على ما اختاره بأن الاجماع واقع على صحة الحوالة مع رضى المحال عليه ولادليل على صحتها من غير رضاه، ولأن اثبات المال في ذمة الغير مع اختلاف الغرماء في شدة الاقتضاء و سهولته تابع لرضاه.

ويمكن أن يجاب بأن نفي الاجماع نفي دليل خاص ، ونفي الخاص لا يستلزم نفي العام ، مع أن الاصل يقتضي الصحة لقوله تعالى « أوفوا بالعقود » (٢) ، ونمنع اعتبار رضاه كما لو باعه ، ولم نقف على حديث يتضمن ما ادعاه علمائنا في هذا الباب ، مع أن الشيخ المفيد لم يذكر اعتبار رضى المحال عليه ، بل عبارته تشعر بعدم اعتبار رضاه ، ثم نقل العبارة المذكورة ، ثم قال : وكذا قال الشيخ في النهاية .

أقول : لا يخفى أنه وان لم يرد في الاخبار ما يقتضي رضى أحد من هذه الثلاثة المذكورة ، الا أن ما علل به رضى الاولين مضافاً الى الاجماع على ذلك لا يخلو من قوة ، وأما ما علل به الاخير فهو ظاهر الضعف عند التأمل ، ومثله أيضاً ما قيل : من أن الاصل بقاء المال في ذمة المحال عليه للمحيل ، فيستصحب .

والتحقيق كما ذكره شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، أن المحيل قد أقام المحتال مقامه في القبض بالحوالة ، فلا وجه لافتقاره الى رضاء من عليه الحق ، كما لو وكله في القبض منه ، بخلاف الاولين لما عرفت .

---

(١) المفهوم من كلام العلامة في التذكرة ايضاً عدم الخلاف في ذلك حيث قال : في اصحابنا من يشترط رضى الثلاثة ، و قال في موضع آخر : ويشترط عندنا رضى المحال عليه، ثم نقل الخلاف عن بعض العامة فقط ، وهو كما ترى ظاهر فيما قلناه ، مع انه في المختلف كما نقلناه في الاصل خالف في ذلك ، وتبعه شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، وهو الأقرب كما أوضحناه في الاصل ، ويشير أيضاً الى وجود الخلاف في المقام ، ما في عبارة ابن حمزة على ما نقله في المختلف ، حيث قال : تصح الحوالة بشروط عشرة الى أن قال : ورضى المحال عليه على الصحيح ، قال في المختلف و هو يشعر بوجود قول لبعض أصحابنا ينافيه وانه لا يعتبر رضاه ، انتهى وبذلك يظهر ما في كلام المحقق الاردبيلي حيث انه نسب الخلاف في هذه المسألة الى الشهيد الثاني في المسالك خاصة مع اعترافه بنقل الشيخ الاجماع وفيه ما عرفت . منه رحمه الله .

(٢) سورة المائدة ـ الآية ١

و اختلاف الناس في الاقتضاء لايمنع مطالبة المستحق و من يعينه لذلك ، والتوقف على رضاه محل البحث ، فاخذه في الدليل مصادرة محضة .

قوله : ولان اثبات المال في ذمة الغير تابع لرضاه ، بمعنى أن نقلة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه يتوقف على رضاه ، يمكن دفعه ، بأنا نمنع من اقتضاء الحوالة النقل ، وانما هي ايفاء لما في ذمة الغير ، فلاتقصر عن بيعه كما أشار اليه العلامة فيما تقدم من جوابه عن كلام الشيخ ، وأصالة بقاء الحق معارضة بأصالة عدم الاشتراط ، والاستصحاب انقطع بماذكرناه ، خصوصاً مع اتفاق الحقين جنسا ووصفا .

نعم لو كانا مختلفين و كان الغرض استيفاء مثل الحق المحال ، توجه اعتبار رضى المحال عليه ، لأن ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة ، فلابد من رضى المتعاوضين ، ومع ذلك لو رضى المحتال باخذ جنس ما على المحال عليه ، زال المحذور .

وبذلك يظهر قوة القول بعدم اشتراط رضى المحال عليه ، الا في صورة اختلاف المال المحال ، مع ما في ذمة المحال عليه ، وعدم رضا المحتال بأخذه ، لما عرفت .

تنبيهات الاول ـ ينبغي أن يعلم أنه على تقدير القول المشهور من اعتبار رضى الثلاثة فان اعتبار رضى المحال عليه ليس على حسب رضى الآخرين ، فان الآخرين ركنا العقد الذى لايتم الا بالايجاب والقبول ، فالايجاب من المحيل والقبول من المحتال ، و يعتبر في عقدها عند الأصحاب ما يعتبر في غيره من العقود من اللفظ و المقاربة ونحوهما بخلاف المحال عليه ، فانـه يعتبر رضاه كيف اتفق ، مقارناً أو متراخياً ، أو متقدما أيضاً ، لحصول الغرض المطلوب منه على كل من هذه الوجوه .

الثاني ـ لايخفى أنه على ما اخترناه من القول بعدم اعتبار رضى المحال عليه ، انما يتجه فيما اذا كان مشغول الذمة بمال المحيل ، أما لو كان برىء الذمة و قلنا بصحة الحوالة كما هو أصح القولين ـ فانه يشترط رضاه اجماعاً .

الثالث ـ ان ما تقدم من الاجماع على اشتراط رضى المحيل في صحة الحوالة مخصوص بما اذا لم يتبرع عنه متبرع بوفاء الدين الذى عليه ، أما لو تبرع المحال عليه بالوفاء فانه لاتعتبر رضى المحيل قطعاً ، لانه وفاء دينه و ضمانه بغير اذنـه ،

والعبارة عنه أن يقول المحال عليه للمحتال : احتلت بالدين الذى لك على فلان على نفسي ، فيقبل ، وفي هذه الصورة انما يشترط رضى المحتال والمحال عليه ويقومان بركن العقد .

الثالثة ـ المشهور انه مع تحقق الحوالة فانه يبرأ المحيل من حق المحتال من غير أن يتوقف على الابراء بل يبرىء بمجرد الحوالة ، وذهب الشيخ : في النهاية وابن الجنيد والشيخ المفيد وابن البراج و ابن حمزة وأبو الصلاح الى توقف ذلك على الابراء زيادة على الحوالة ، وقال ابن ادريس ومن تأخر عنه :بالاول .

ويدل على ما ذهب اليه المشايخ المتقدم ذكرهم : ما رواه ثقة الاسلام والشيخ بأسانيد فيها الصحيح عن زرارة (١) عن أحدهما (عليهما السلام) في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر فيقول له : الذى احتال : برئت من ما لى عليك، قال : اذا ابرأه فليس له أن يرجع اليه ، وان لم يبرئه فله أن يرجع على الذى أحاله» .

وهى ظاهرة الدلالة فيما ذكروه : والمفهوم منها أن الحوالة لاتفيد نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، لانه مع حصول النقل بالحوالة لايصادف الابراء محلا .

هذا ان تأخر الابراء عن الحوالة ، والالم يصادف الحوالة محلا ، ولاخلاف بين الاصحاب في أن الحوالة تفيد نقل المال الى ذمة المحال عليه ، وأن المحتال ليس له الرجوع على المحيل .

وعلى ذلك تدل الاخبار ، ومنها ما رواه في الكافي (٢) عن منصور بن حازم «قال : سألت أباعبدالله (عليه السلام) عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم أيرجع عليه قال : لايرجع عليه أبداً الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» .

وما رواه الصدوق في الفقيه (٣) عن أبي أيوب أنه سأل أبا عبدالله (عليه السلام)

(١) الكافي ج ٥ ص ١٠٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٦ ص ٢١١ ح ١ .
(٢) الكافي ج ٥ ص ١٠٤ ح ٤
(٣) الفقيه ج٣ ص ٥٥ ح ٣
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ الباب ١١ ص ١٥٨ ح ٢ و ٣ و ١

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه؟ قال: لايرجع عليه أبداً الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك».

وما رواه في التهذيب (١) عن عقبة بن جعفر عن أبي الحسن (عليه السلام) قال: سألته عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه اذا احتال ورضي فقال: لا».

وهذه الاخبار كما ترى ظاهرة في نقل الحوالة وبراءة ذمة المحيل بعد الحوالة، للمنع من رجوع المحتال عليه معتضدة باتفاق الأصحاب على ذلك.

وبالجملة فان كلاً من الحوالة والبراءة موجب لخلو ذمة المحيل، فأيهما سبق كان الثاني لاغياً، لا أثر له.

وبه يظهر مافي الرواية المذكورة من الاشكال، ومخالفة القواعد الشرعيه(٢) وقد تأولها الاصحاب بتأويلات بعيدة، أقلّها بعداً ماذكره في المسالك، وهو أن الابراء في الخبر كناية عن قبول المحتال الحوالة، فمعنى قوله برئت من مالي عليك أني رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل، فبرئت أنت فكنى عن الملزوم باللازم و هكذا القول في قوله: و لو لم يبرأه فله أن يرجع؛ لان العقد بدون رضاه غير لازم، فله أن يرجع فيه.

ومذهب جمهور العامة في هذه المسألة موافق لمذهب أصحابنا في عدم التوقف على البراءة، ويمكن حملها على التقية، لابهذا الاعتبار، بل باعتبار ما قدمناه في المقدمة الاولى من المقدمات المذكورة في صدر كتاب الطهارة من أنهم (صلوات الله عليهم) كثيراً مايقصدون المخالفة في الاحكام تقيةً وان لم يكن بها قائل من العامة محافظةً على الشيعة لو اتفقوا على نقل الاحكام عنهم كما تقدم تحقيقه ثمة، فان الخبر كما عرفت: فيه من الاشكال، ومخالفة القواعد المتفق عليها ما يمنع من العمل به.

(١) التهذيب ج٦ ص٢١٢ ح٦، الوسائل ج ١٣ ص ١٥٨ ح ٤.

(٢) منها ما اذا ظهر اعسار المحال عليه حل الحوالة فان له الرجوع على المحيل اذا لم يبرءه، ومنها ما اذا اشترط المحيل البراءة فانه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر افلاس المحال عليه فلايخفى فيه من البعد عن سياق الخبر وان كان في حد ذاته جيداً الا ان فهم ذلك من الخبر انما هو من قبيل الالغاز والمعما. منه رحمه الله.

وما ذكر من التأويلات لا يخلو من التعسف ، وليس بعد ذلك الا ما ذكرناه . والله العالم.

الرابعة ـ قد صرح جملة من الاصحاب ، والظاهر أنه المشهور ، بجواز الحوالة على البرئ للاصل ، فان الاصل الجواز ، والاصل أيضاً عدم اشتراط شغل ذمة المحال عليه بمال المحيل .

والشيخ في المبسوط في أول كتاب الحوالة جوزها على من ليس عليه شئ للمحيل ، ثم قوى في آخره المنع ، ولم ينقل المنع هنا عن غير الشيخ .

قال في المسالك : ومبنى القولين على أن الحوالة هل هي استيفاء أو اعتياض؟ فعلى الاول يصح دون الثاني ، لانه ليس على المحال عليه شئ يجعل عوضا عن حق المحتال .

أقول : لا يخفى أن الوارد من الاخبار في هذه المسئلة ، وهو ما قدمناه في سابق هذه المسئلة ، وليس غيره في الباب دالاً بظاهر اطلاقه على صحة الحوالة ، أعم من أن يكون المحال عليه مشغول الذمة أو بريئاً ، فالاظهر في الاستدلال على هذا الحكم هو الاستناد الى اطلاق الاخبار المذكورة ، و عدم التعويل على هذه الاعتبارات المتكلفة ، والله العالم .

الخامسة ـ من شروط الحوالة رضى الثلاثة المتقدم ذكرهم ، وقد عرفت الكلام في الاتفاق على المحيل والمحتال ، والخلاف في المحال عليه .

ومنها كمالهم و عدم الحجر عليهم ، وأكثرهم لم يذكر هذا الشرط وكانه لظهوره والاكتفاء بذكره في أمثال هذا المقام من الضمان ونحوه .

ومنها أنه يشترط ملاءة المحال عليه أو العلم باعساره وقت الحوالة ، فلو قبل الحوالة جاهلا بحاله ثم بان اعساره وقت الحوالة كان له فسخ الحوالة ، والرجوع على المحيل ، ويدل عليه ما تقدم من رواية منصور بن حازم(١) و رواية أبي أيوب(٢) .

ولو كان وقت الحوالة مليا ثم تجدد له الاعسار فلا خيار ، وتدل عليه رواية عقبة بن جعفر المتقدمة (٣) و مفهوم الروايتين المذكورتين أيضا حيث منعتا من

(١) ص ٥٠
(٢) ص ٥٠
(٣) ص ٥١

الرجوع بعدالحوالة مطلقا الافي صورة افلاسه وقت الحوالة .

ولو انعكس الفرض المذكور بأن كان وقت الحواله معسراً ثم تجددت الملائة قبل أن يفسخ المحتال ، فهل يزول الخيار أم لا ؟ اشكال ، لزوال الضرر المترتب على الاعسار ، فيزول الخيار ، ومن ثبوت الخيار اولاً فيستصحب ، لان الموجب للخيار ليس هو الاعسار مطلقا ، ليزول بزواله بل الاعسار وقت الضمان وهو ، متحقق فيثبت حكمه ، ورجحه في المسالك ، فقال : بأن الاقوى ثبوت الخيار لذلك .

ومنها ثبوت المال في ذمة المحيل للمحتال اجماعاً ، فلو لم يكن المحيل مشغول الذمة للمحتال لم تصح الحوالة ولم تتحقق .

نعم لو أحال علي شخص والحال هذه فان كان ذلك الشخص المحال عليه غير مشغول الذمة ، فان هذه الحوالة تصير وكالة في القرض منه . فهي وكالة ، وان كانت بهذا اللفظ : فانها جايزة بكل لفظ دل على ذلك ، وان كان مشغول الذمة فهي وكالة أيضاً ، لكن في الاستيفاء .

وبالجملة فان مالم يكن ثابتاً في الذمة لاتجزى الحوالة فيه ، وان وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل ، فانه لايصح احالة الجاعل به للمجعول له ، لعدم ثبوته ، أما لو أحال به المجعول له على الجاعل لمن له عليه دين ثابت ، فانه يجوز ، بناءً على القول بصحة الحوالة على البرىء .

ومنها أن يكون المال المحال معلوماً عند المحيل ، فلو أحاله بمال مجهول عنده كما لو أحاله بماله من الدين لم يصح للغرر ، و لان الحوالة اما أن تكون اعتياضاً أو استيفاءً وعلى الاول فلايصح على المجهول ، كما أنه لايصح بيعه ، وعلى الثاني فانه انما يمكن استيفاء المعلوم .

قال في التذكرة : ويحتمل هنا(١) الصحة ، ويكون على المحال عليه للمحتال مايقوم به البيّنة ، كما قلنا في الضمان ، ولافرق في اشتراط كونه معلوماً بين أن

---

(١) أقه على تقدير كونه استيفاء . منه رحمه الله .

يكون مثليا كالطعام، أو قيمياً كالعبد و الثوب خلافاً للشيخ: (١) وجماعة حيث منعوا من جواز الحوالة بالقيمي، لكونه مجهولا.

ورد بأنه معلوم بالوصف المصحح للبيع، و الواجب فيه القيمة وهي مضبوطة أيضاً تبعاً لضبطه، فلامانع مع شمول عموم الادلة.

و منها سبق اشتغال ذمة المحال عليه عند بعض، و هو من قال بعدم جواز الحوالة على البرىء، وأما على ماقدمناه من القول بالجواز فانه لاوجه لهذا الشرط.

ومنها انه يشترط تساوى المالين جنساً ووصفاً تفصّياً من التسلط على المحال عليه، اذ لايجب أن يرفع الامثل ماعليه، وتردد المحقق في الشرايع في هذا الشرط.

قال في التذكرة: من مشاهير الفقهاء وجوب تساوى الدينين، أعنى الدين الذى للمحتال على المحيل، والدين الذى للمحيل على المحال عليه جنساً ووصفاً وقدراً، فلو كان له دنانير على شخص فأحاله عليه بدراهم لم يصح، لئلا يلزم التسلط على المحال عليه بما لايستحق، و أما قدراً (٢) فلايجوز التفاوت بمعنى

---

(١) قال الشيخ في المبسوط: انما تصح الحوالة في الاموال التي هي ذوات الامثال، ونحوه كلام ابن حمزة، وقال ابن الجنيد: الحوالة جائزة بساير مايصح السلم فيه من الامتعة مع من تجوز ذلك معه ولم يذكر الشيخ المفيد ولا السلار ولا ابن ادريس ذلك، قال في المختلف: والمعتمد عدم الاشتراط كما قاله ابن الجنيد: اصالة صحة العقد عدم اشتراط كونه مثليا، احتج المانعون بانه مجهول، والجواب المنع من الجهالة، بل ربما يوصف به السلم، قال الشيخ في الخلاف: تمنع كونه مجهولا، لانه لابد أن يكون معلوماً يعني الحيوان بوصفه وسنه وجنسه، فان لم يكن كذلك لم يصح الحوالة، انتهى، منه رحمه الله.

(٢) اقول: المراد بقوله وأما قدراً الى آخره أنه لوكان للمحيل في ذمة المحال عليه عشرة، و للمحتال في ذمة المحيل خمسة، فلا يحيل تلك الخمسة على تلك العشرة، بمعنى أنه يأخذ تلك العشرة عوض هذه الخمسة، وكذا بالعكس لما علله به في التذكرة قال: ان هذا العقد للارفاق ولايصال كل حق الى مستحقه ولم يوضع لتحصيل زيادة او حط شيء، والمراد بذلك وقوع المعاوضة بالقليل عن الكثير وبالعكس، انتهى. نعم على تقدير التفاوت بين الدينين يجوز الحوالة بالمساوى كأن يحيل اليه في الصورة الاولى بخمسة من تلك العشرة، قال في التذكرة: وللشافعية وجه في الاحالة بالقليل على الكثير أنها جائزة، وكان المحيل يتبرع بالزيادة. منه رحمه الله.

الحوالة بالزايد على الناقص و كذا العكس و مع التفاوت يجوز بالمساوى ، وأما الاجل فيجوز الحال بالحال ، والمؤجل بمثله وبالحال والابعد بالانقص لا العكس ، لانه تأجيل حال . نعم لو شرط في الحوالة في الحالين عدم القبض الابعد أشهر مثلا يجوز ، لدليل وجوب العمل بالشرط . انتهى .

كذا نقل عنه المحقق الاردبيلي (قدس سره) في شرح الارشاد ، والظاهر أنه نقل بالمعنى لملخص ماذكره في الكتاب المذكور ، كمالايخفى على من راجع كتاب التذكرة .

أقول : وتفصيل الكلام في المقام هو أن الشيخ (رحمة الله عليه) وجماعة ذهبوا الى اشتراط تساوى المالين أى المال المحال به ، والمال المحال عليه جنساً ووصفا ، لان حقيقة الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه، فاذا كان الدين الذى على المحيل دراهم مثلا ، و الدين الذى على المحال عليه دنانير ، فكيف يصير حق المحتال على المحال عليه دراهم ، ولم يقع عقد يوجب النقل من الدنانير التي في ذمته الى الدراهم .

والجواب عن ذلك أنه متى قيل باشتراط رضى المحال عليه كما هو المشهور أولم نقل ثمة به ، و لكن نقوله في هذا المقام حيث أنها معاوضة تتوقف على رضاه كما أشار اليه العلامة في المختلف ، حيث أنه ممن منع اشتراط رضاه ، ولكن أوجبه في هذا المقام ، حيث أنها معاوضة .

و كذا اذا قلنا بجواز الحوالة على البرىء ـ كما هو الاشهر الاظهر مما عرفت فيما تقدم ـ فانه لاوجه لما ذكروه من المنع بالكلية ، ومتى جاز الحوالة على البرىء الذى لا حق عليه بالكلية ، فلأن يجوز على من عليه حق مخالف اولى ، وغاية مايلزم هو مخالفة الحق المحال به لما هو عليه ، وهذا لايصلح للمنع ، لان الحوالة ان كانت استيفاء ، فالاستيفاء يجوز بالجنس وغير الجنس مع التراضي على ذلك ، وان كانت اعتياضاً فكذلك ، لجواز المعاوضة على المختلفين وهذه المعاوضة هنا ليست من قبيل المعاوضة في البيع ، حتى يعتبر فيها التقابض و نحوه مما اعتبر في البيع ، بل هي معاوضة مبنية على الارفاق والمسامحة .

وبالجملة فانه متى حصل التراضي من الجانبين كما هو المفروض فلامانع والتسلط الذى التجأوا اليه في المنع انما يتم مع عدم التراضي والمفروض وجوده ، نعم لو قلنا بعدم جواز الحوالة على البرىء اتجه ما ذكروه . والله العالم .

السادسة ـ الظاهر أنه لاخلاف بينهم في جواز ترامي الحوالات ودورها، لحصول شرايط الصحة ، وعدم المانع فكما تصح الاولى تصح الثانية والثالثة ، وهكذا لعين ماثبت به صحة الاولى ، فلو أحال المديون زيداً على عمرو ثم أحال عمرو زيداً على خالد ، ثم أحال خالد زيداً على بكر صح ، وهذا في صورة تعدد المحيل والمحال عليه ، فان كلاً منهم ماعدا الاول محيل ومحال عليه ، مع اتحاد المحتال ، فان المحتال في جميع هذه الفروض واحد ، وهو زيد ، ويجوز أن يرجع الاخير منهم على المديون الاول ، و يحيل عليه ، أما بأن تكون ذمته مشغولة بدين لمن أحال عليه ، أو بناءً على جواز الحوالة على البرىء فيصح دورها ، ومثله (١) باقي الحوالات السابقة .

السابعة ـ لو أحال عليه فقبل الحوالة وأدى ثم رجع على المحيل بما أداه مدعياً براءة ذمته من مال المحيل ، وادعى المحيل اشتغال ذمته ، و أنه انما أحال عليه من حيث كونه مشغول الذمة بماله ، فان قلنا بجواز الحوالة على البرىء كما هو أظهر القولين ، وأشهرهما ، فان القول هنا قول المحال عليه بيمينه ، لانه منكر لاشتغال الذمة ، وان اعترف بصحة الحوالة ، فان صحتها لاتستلزم شغل الذمة لما عرفت من جوازها على البرىء ، فيرجع بما أداه على المحيل بعد اليمين ، وان قلنا بأن الحوالة مشروطة بشغل ذمة المحال عليه فوجهان :

احدهما ـ أنه لايقبل قوله في نفي شغل الذمة ، لان الحوالة تقتضي شغلها ، حيث أن الحوالة لاتصح الا مع شغل الذمة كما هو المفروض ، وهو موافق على الحوالة .

وبالجملة فالمنكر وان كان معه أصالة عدم شغل الذمة ، الا أن ذلك يقتضي

---

(١) المراد مثل ذلك في الحوالة على البرىء أو مشغول الذمة فانك قد عرفت صحة الحوالة على البرىء فيما تقدم ، فهو جائز في كل موضع تصح الحوالة فيه بدون ذلك . منه رحمه الله .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بطلان الحوالة على هذا التقدير ، ومدعي الدين يدعى صحتها ، ومدعي الصحه عندهم مقدم ، وعلى هذا فلا تسمع دعـوى المحال عليه ، ولا يرجع على المحيل بشيء ، **وثانيهما**ـ أن يقال : ان هنا أصلين تعارضا ، أصالة عدم شغل الذمة مع المحال عليه وأصالة صحة العقد مع المحيل فتساقطا ، وبقي مع المحال عليه أنه أدى عن المحيل باذنه ، فيرجع عليه حينئذ على التقديرين (١) .

واستحسنه في المسالك ثم اعترضه بأن الاذن في الاداء انما وقع في ضمن الحوالة ، و اذا لم يحكم بصحتها لا يبقى الاذن مجرداً ، لانه تابع فيستحيل بقاؤه بدون متبوعه .

ثم أجاب بأن الاذن وان كان واقعاً في ضمن الحوالة الا أنه أمر يتفقان على وقوعه ، وانما يختلفان في أمر آخر ، فاذا لم يثبت لا ينتفي ما وقع الاتفاق منهما عليه ، انتهى .

ومنه يظهر أن الاقرب الى الاعتبار هو كون القول قول المحال عليه مطلقاً وهو اختيار المحقق الاردبيلي (قدس سره) أيضاً في شرح الارشاد ، والله العالم .

الثامنة ـ قالوا : اذا أحال المشترى البايع بالثمن ثم ردّ المبيع بعيب سابق فهل تبطل الحوالة ؟ لانها تبع للبيع ، فيه تردد ، فان لم يكن البايع قبض المال فهو باق في ذمة المحال عليه للمشترى ، و ان كان البايع قبضه فقد برىء المحال عليه ، ويستعيده المشترى من البايع .

أما لو أحال البايع أجنبياً بالثمن على المشترى ، ثم فسخ المشترى بالعيب أو بأمر حادث لم تبطل الحوالة ، لانها تعلقت بغير المتبايعين ، ولو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة في الموضعين .

أقول : تفصيل اجمال هذا الكلام وبيان ما اشتمل عليه من الاحكام يقع في مواضع : **الاول** ـ فيما اذا أحال المشترى البايع بالثمن على شخص آخر ، ثم رد المبيع بعيب سابق وفسخ العقد ، فهل تبطل الحوالة أم لا ؟ قد تردد في ذلك المحقق

(١) أى على تقدير صحة الحوالة على البرىء ، أو اشتراط شغل الذمة في صحة الحوالة وعدم جواز الحوالة على البرىء . منه رحمه الله .

في الشرايع، والعلامة في الارشاد.

ومنشأ التردد من جهة ما ذهب اليه الشيخ: من بطلان الحوالة في الصورة المذكورة، معللاً ذلك بأن الحوالة تابعة للبيع، فاذا بطل البيع بطلت، لاستحالة وجود التابع من جهة ما هو تابع بدون متبوعه، ومن أن الحوالة ناقلة للمال الى ذمة المحال عليه، فقد انتقل ما في ذمة المشترى من المال الذى هو ثمن المبيع للمحتال الى ذمة المحال عليه، فلايبطله الفسخ المتأخر، لان الفسخ انما يبطل العقد من حينه لامن أصله.

وربما بنى التردد ايضاً وحصول الوجهين المذكورين على أن الحوالة هل هى استيفاء ما على المحيل؟ ـ نظراً الى عدم اشتراط القبض فيها ولو كان الحقان من الاثمان، بمعنى أن المحتال استوفى دينه الذى على المحيل بمجرد الحوالة من غير أن يقبض منه شيئا، ولو كانت اعتياضاً كان ذلك بيع دين بمثله.

ولتحقق برائة الاخر وهو المحيل بمجرد الحوالة، وعلى هذا تبطل الحوالة، لانها نوع ارفاق(١) واذا بطل الاصل بطل مهية الارفاق، كما لو اشترى شيئا بدراهم مكسرة و تطوع باداء صحاح عوضها ثم فسخ، فانه يرجع عليه بالصحاح، ولايقال: انه يطالب بمثل المكسرة ليبقى التطوع بحاله، لان التطوع انما بنى على البيع، والبيع قد انفسخ وبطل، فيبطل ماتفرع عليه، او ان الحوالة اعتياض لااستيفاء نظراً الى أنه لم يقبض نفس حقه، بل أخذ بدله عوضاً عنه، وهو معنى الاعتياض، وعلى هذا لاتبطل كما لو اعتاض البايع عن الثمن ثوباً ثم فسخ، فانه يرجع بالثمن لابالثوب.

أقول: وهذا الوجه الاخير الذى بنى عليه التردد نقله العلامة فى التذكرة عن الشافعية: بالاحتمالين المترتبين عليه، وظاهره و كذا ظاهر جملة من الاصحاب، التوقف هنا، لاقتصارهم على نقل الاوجه المذكورة فى المسألة، والخلاف المنقول عن الشيخ من غير أن يرجحوا شيئاً وهو فى محله.

(١) وجه كونها نوع ارفاق أنه يستحق الثمن فى ذمته فالواجب دفع عين الثمن، وقبول الحوالة ارفاق بالمحيل ومسامحة له، فاذا كان بناء الحوالة على الارفاق والمسامحة للمحيل، فحين بطل البيع بالفسخ تبعه ما يترتب عليه من الارفاق فيبطل حسب ما ذكر فى المثال المذكور فى الاصل. منه رحمه الله.

وينبغي أن يعلم أنه لافرق فيما ذكر من الحكم المذكور بالوجوه المتقدمة، بين كون الرد بالعيب بعد قبض المبيع أو قبله ، ولا بين أن يتفق الرد بعد قبض المحتال مال الحوالة أوقبله ، ولا بين الفسخ بخيار العيب أوغيره من أنواع الخيار ، والاقالة والفسخ بالتحالف ونحو ذلك مما لايبطل البيع من أصله .

ولكن المتأخرين من الاصحاب مثلوا بالعيب تبعاً لمن فرض المسألة ، وكذا لافرق بين العيب السابق على البيع أو اللاحق على وجه يجوز الفسخ ،كالعيب قبل القبض وقبل انقضاء الثلاثة في الحيوان ، لاشتراك الجميع في العلة الموجبة للحكم المذكور في الصورة المفروضة في كلام من فرضها ، وأصل هذه الفروض والفروع في هذه المسألة وأمثالها كله من كلام العامة ، كمالايخفى على من لاحظ التذكرة، وأصحابنا كالشيخ : وأتباعه جروا عليها .

الثاني ــ أنه متى قلنا ببطلان الحوالة كماهوأحدالوجهين المتقدمين بأي سبب من السببين المتقدمين أيضاً ، فان كان المحتال وهوالبايع قد قبض المال من المحال عليه فقد برئت ذمة المحال عليه ، و يستعيده المشتري من البايع ان كان موجوداً بعينه ، ولوتلف لزمه بدله وان تلف بغير تفريط ، لانه مضمون عليه حيث أنه قبضه عوضاً عن الثمن ، وليس للمحتال رده على المحال عليه ، فان رده عليه فللمشتري مطالبته ، وان كان لم يقبض فليس له قبضه ، لبطلان الحوالة ، فيبقى في ذمة المحال عليه لصاحبه ، وهوالمشتري كما كان .

فلو خالف المحتال وقبضه بعدبطلان الحوالة لم يقع عنه لبطلان حقه . وهل يقع للمشتري قالوا: فيه وجهان (١) ؟ ومتى قلنا بصحة الحوالة كماهوالوجه الآخر، فان كان البايع قدقبض بـرأ المحال عليه ، ورجع المشتري على البايع ، ولايتعين حقه فيما قبضه ، وان لم يكن قد قبض فله القبض ، وللمشتري الرجوع عليه ، قبل

(١) منشأهما من أن الحوالة متضمنة للاذن في القبض ، فان قلنا أن الاذن يبطل ببطلان الحوالة ، لانه متى كان من لوازمها فانه يتبعها وجوداً وعدماً ، فاذا بطلت بطل ، لاستحالة تخلف اللازم عن ملزومه ، و ان قلنا بأن الاذن الضمني لايبطل ببطلان ماكان في ضمنه كما هو أحد القولين فيه ، كما ذكروه في الشركة والوكالة وتحقيق ذلك في باب الوكالة ،انشاءالله تعالى. منه رحمه الله .

القبض لان الحوالة كالمقبوض ، ومن ثم يسقط حق حبس المبيع لو أحال المشترى البايع بالثمن .

قيل : ويحتمل عدم جواز رجوعه الى أن يقبض ، لعدم وجود حقيقة القبض ، وان وجد ما هو بمعناه في بعض الاحكام .

أقول : من المحتمل قريباً أن ترتب الرجوع على القبض أوما فى معناه لا يظهر له وجه وجيه ، لان الحوالة بناء على ما هو المفروض من القول بصحتها أمر منفك عن البيع غير مترتب عليه صحة وبطلاناً ، فيعمل فى الحوالة بما هو مقتضاها من قبض المحتال من المحال عليه متى أراد ، رجع عليه المشترى اولم يرجع ، وفى البيع ما يقتضيه من رجوع المشترى بالثمن بعد الفسخ على البايع ، قبض مال الحوالة أم لم يقبض . والله العالم .

الثالث ـ لو أحال البايع أجنبياً بالثمن على المشترى ثم فسخ المشترى بالعيب أو بأمر حادث لم تبطل الحوالة لما ذكر من التعليل ، وهو تعلق الحوالة هنا بغير المتبايعين ، بخلاف المسألة المتقدمة ، وهى حوالة المشترى البايع بالثمن ، فان الحوالة متعلقة بالمتبايعين ، و هذا هو وجه الفرق بين المسألتين .

وبيان الفرق ان الحق فى تلك المسألة كان مختصاً بالمتبايعين بسبب البيع ، فاذا بطل السبب بطل ما يترتب عليه ، بخلاف حوالة الاجنبى ، فانه لا تعلق له بالبيع ، ولا بصحته ولا ببطلانه ، وان حكمنا ببطلان البيع بعد الفسخ ، حيث أن الثمن صار مملوكا لذلك الاجنبى المحتال قبل فسخ العقد ، ونقل عن الشيخ : هنا الاجماع على عدم بطلان الحوالة ، قيل : و يحتمل ضعيفا البطلان هنا أيضا ، لان استحقاق المحتال فرع استحقاق المحيل ، فاذا بطل حق المحيل بطل تابعه ، ووجه ضعفه انه تابعه حين الحوالة لا بعد ذلك ، لافادتها الملك حين وقعت بغير معارض .

أقول : وعلى هذا فلا فرق بين أن يكون المحتال قد قبض أم لا ، لان الناقل للملك الحوالة ، لا القبض ، و حينئذ فان المحتال يرجع على المشترى بما أحيل له به من الثمن ولو لم يقبضه ، والمشترى بعد الفسخ يرجع به على البايع .

الرابع ـ لو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة فى كل من الموضعين المذكورين ،

اعني حوالة المشترى البايع بالثمن كمامر في المسألة الاولى ، و حوالة البايع الاجنبى بالثمن على المشترى .

وتوضيحه أن صحة الحوالةفرع استحقاقالبايع الثمن ، و ثبوته له على كل من التقديرين المذكورين ، ومع تبين بطلان البيع من أصله يظهر عدم استحقاق البايع الثمن في ذمة المشترى في نفس الامر .

والتحقيق أن الحوالة وقعت باطلة من أصلها ، الا أنه انما انكشف البطلان بظهور بطلان البيع ، وعدماستحقاقالثمن ، فيكون بطلان البيع كاشفا عن بطلانها ، وحينئذ فانكان البايع بالنسبة الى المسألة الاولى أوالمحتال بالنسبة الى الثانيةلم يقبض ، فليس له القبض بظهورالبطلان كماعرفت ، وانكان قد قبض ، فان للمشترى أن يرجع عليه بذلك ، وللمشترى أيضاً الرجوع فيالمسئلة الثانية (١) على البايع بما قبضه محتاله ،لانه قد وفي عنه مافي ذمتهللمحتال، وهوالاجنبي ، فقبضه منسوب اليه ، وليس للمشترى الرجوع في المسألة الاولى ، و هي ما اذا أحال المشترى البايع بالثمن على شخصآخر على ذلكالشخص الاخرالمحال عليه لصدور القبض باذنه ، وانما يرجع على البايع . والله العالم .

المقصد الثالث في الكفالة :

المفهوم من جملة من الاخبار كراهة الكفالة والتأكيد في المنع منها ، فروى في الكافي عن حفص بن البختري (٢) في الصحيح « قال : أبطأت عن الحج ، فقال لي أبو عبدالله عليه السلام: ما أبطأبك عن الحج ؟ فقلت : جعلت فداك تكفلت برجل فخفر بي فقال: مالك والكفالات ، أما علمت أنها أهلكت القرون الاولى ، ثم قال : ان قوماً أذنبوا ذنوباً كثيرةً فأشفقوا منها و خافوا خوفاً شديداً ، فجاء

---

(١) وهي ما اذا أحال البايع أجنبيا على المشترى بالثمن ، ووجه رجوعه على البايع انالبايع انما أحالبالثمن علىالمشترىللاجنبي ، لانه مشغولالذمة للاجنبي ، فيكونالمشترى قد أدى عنه ما فيذمته باذنه ، فيرجع به عليه حينئذ ، فعلىهذا يتخير بين الرجوع على البايع وعلى محتاله . منه رحمه الله .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٠٣ ح ١ باب الكفالة والحوالة .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

آخرون فقالوا: ذنوبكم علينا فانزل الله عزوجل عليهم العذاب ، ثم قال تبارك وتعالى: خافوني وأجترأتم على »والخفر نقض العهد .

وروى الشيخ في التهذيب عن أبي الحسن الخزاز(١) »قال: سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول لابي العباس الفضل بن عبدالملك: مامنعك عن الحج ؟ قال : كفالة تكفلت بها قال: مالك والكفالات أما علمت أن الكفالة هي التى أهلكت القرون الاولى» .

و روى الصدوق في الفقيه مرسلا (٢) وقال الصادق (عليه السلام) : الكفالة خسارة غرامة ندامة» .

وباسناده عن اسماعيل بن جابر(٣) »عن أبي عبدالله (عليه السلام) ، انّه قال: لاتتعرضوا للحقوق ، فاذا لزمتكم فاصبروا لها» .

وروى الشيخ باسناده عن داود الرقي (٤) قال : قال : ابوعبدالله (عليه السلام) مكتوب في التورية كفالة ندامة غرامة» .

والبحث في هذا المقصد يقع في مواضع :الاول ـ الكفالة هي التعهد بالنفس بمعنى التزام احضار المكفول متى طلبه المكفول له ، فهي متعلقة بثلاثة ، الكفيل وهو هنا بمعنى الفاعل وان كانت هذه الصيغة تصلح للمفعول أيضاً ، الاأنهم انما أرادوا به هنا الكافل ، والمكفول له ،والمكفول ،ولاريب في اعتبار رضى الاولين ، ولاخلاف فيه أيضاً لان الكفالة من جملة العقود اللازمه المتوقفة على الايجاب والقبول ونحوهما .

قال في التذكرة : ولابد فيه من صيغة دالة على الايجاب والقبول ، فيقول الكفيل : كفلت لك بدن فلان ، أوأنا كفيل باحضاره ، أو كفيل به أو بنفسه ،أو ببدنه. أو بوجهه او برأسه ، لان ذلك يعبر به عن الجملة و حينئذ فلابد من وقوعها بين اثنين ، وهما الكفيل والمكفول له ، ولابد من رضاهما .

---

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٩ ح ١
(٢) الفقيه ج ٣ ص ٥٥ ح ٦
(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٠٣ ح ٦٧
(٤) التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ٩ والروايات في الوسائل ج١٣ ص ١٥٤ الباب ٧

أما الكفيل فلانه ملتزم للحق ، وهو غير صحيح الا برضاه ، وأما المكفول له فلا نه صاحب الحق ، فلا يجوز الزامه شيئا الا برضاه ، وبهما يتم العقد.

و أما المكفول فالمشهور أنه لا يعتبر رضاه ، لوجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحق وان لم يكن ثمة كفالة ، والكفيل انما هو بمنزلة الوكيل حيث يأمره المكفول له باحضاره ، فغاية الكفالة هي حضور المكفول حيث يطلب .

وظاهر العلامة في التذكرة الاجماع على ذلك ، حيث قال : تصح الكفالة وان كرهها المكفول عند علمائنا ، مع أنه نقل غير واحد من أصحابنا عن الشيخ في أحد قوليه(١) أنه يشترط رضاه ، وقواه هو أيضاً في التحرير ، وبه قال ابن ادريس أيضاً ، ونقل عنهم الاحتجاج على ذلك بأنه اذا لم يأذن فيها أو يرضى بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل ، فلم يتمكن من احضاره ، ولا تصح كفالته لانها بغير المقدور عليه ، وهذا بخلاف الضمان ، لامكان تأديته من مال غيره بغير اذنه ، ولا يمكن أن ينوب عنه في الحضور .

ورد ذلك بأن مدار هذا الاستدلال على عدم وجوب الحضور معه بغير رضاه ، وهو ممنوع ، لان المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور وان لم يكن مكفولا كما قدمنا ذكره ، وهو مما لا خلاف فيه ، والغرض من الكفالة له راجع الى التزام الكفيل باحضاره متى طلبه المكفول له ، و متى ثبت وجوب الحضور عليه بعد الطلب وان لم يكن مكفولا ، فانه لا يجب في صورة الكفالة أيضاً ، لان الكفيل انما هو بمنزلة الوكيل في طلب الاحضار ، و بالجملة فضعف القول المذكور أظهر من أن يخفى على الناظر . والله العالم .

الثاني ـ المشهور بين الاصحاب (رضوان الله عليهم) أن الكفالة تصح حالة و مؤجلة ، للاصل ، ولان الحضور حق شرعي فلا يمنعه الحلول ، و منع الشيخ في

---

(١) قال في المبسوط : اذا تكفل رجل ببدن رجل لرجل عليه مال او يدعي عليه مالا . . . . يصح الا انها لا تصح الا باذن من يكفل عنه وتبعه ابن البراج ، وابن حمزة و ابن ادريس ، قال في المختلف : ولم يشترط باقي علمائنا ذلك ، وهو المعتمد ، لنا الاصل ولانه لا يشترط رضاه في كفالة المال ، فكذا البدن ، انتهى . منه رحمه الله .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

النهاية والشيخ المفيد الكفالة الحالة ، قالا : لا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل معلوم ، وتبعهما ابن حمزة ، وهو الظاهر من كلام السلار ، ولابن البراج قولان ، وسوغ في المبسوط الحالة ، و به قال ابن ادريس وجملة المتأخرين لما تقدم .

ثم انه متى اشترط الاجل وجب أن يكون معلوماً كما في غير هذا الموضع لما في الجهالة من الغرر ، اذ ليس له وقت يستحق المطالبة فيه كغيره من الاجال ولا خلاف في ذلك الا لبعض العامة ، حيث جوّز أن يكون الأجل هنا مجهولاً ، لاشتمال الكفالة على التبرع فيتسامح فيها كالعارية .

ورد بأن العارية غير لازمة فلا يقدح فيها الأجل المجهول ، لجواز المطالبة بالمستعار في الأجل وان كان معلوماً .

الثالث ــ للمكفول له مطالبة الكفيل باحضار المكفول عاجلاً ان كانت الكفالة مطلقة أو معجلة ، وبعد الأجل ان كانت مؤجلة ، فان أحضره وسلّمه فقد برئ ، وإلا وجب حبسه حتى يحضره أو يؤدى ماعليه ، كذا ذكره بعض الأصحاب .

والذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذا الحكم مارواه ثقة الاسلام في الكافي عن عمّار (١) في الموثق عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : أتي امير المؤمنين (عليه السلام) برجل تكفّل بنفس رجل فحبسه وقال أطلب صاحبك » .

ورواه الشيخ في التهذيب عن عمّار بن مروان (٢) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام مثله .

وما رواه الشيخ في التهذيب عن اسحاق بن عمّار (٣) عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) أن علياً (عليه السلام) أتي برجل كفل برجل بعينه فأخذ بالمكفول فقال : احبسوه حتى يأتي بصاحبه » .

ومارواه في الفقيه عن سعد بن طريف عن الأصبغ بن نباتة (٤) « قال : قضى امير المؤمنين (عليه السلام) في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس ، وقال له : أطلب

(١) الكافي ج ٥ ص ١٠٥ ح ٦

(٢) و (٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٩ ح ٤ و ٣

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٥٤ ح ١ وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ١٥٦ الباب ٩

صاحبك ، وقضى (عليه السلام) أنه لا كفالة في حد ».

وفى كتاب الفقه الرضوى (١) على ما نقله عنه في كتاب بحار الانوار روى اذا كفل الرجل بالرجل حبس الى أن يأتى بصاحبه .

أقول : و هذه الاخبار على تعددها لم يتضمن أزيد من حبسه حتى يحضر المكفول ، والاصحاب (رضوان الله عليهم) قد قيدوا التسليم بكونه تسليماً تاماً ، بمعنى أنه لو اشترط الوقت والمكان في العقد فلابد من أن يكون التسليم في ذلك الوقت وذلك المكان المشترطين ، والالم يكن تسليماً تاماً ، ونحوهما في بلد العقد ولو مع الاطلاق ، لانصراف الاطلاق اليه عندهم ، وأن لا يكون للمكفول مانع من تسليمه ، بأن يكون في يد ظالم أو متغلب يمنعه منه ، أو في حبسه ، او يكون المكفول قوياً والمكفول له ضعيفاً لا يتمكن من وضع اليد عليه ونحو ذلك ، فاذا سلمه كذلك كان تسليماً تاماً موجباً لبرائته وخلو عهدته .

ولو لم يتسلمه المكفول له والحال هذه قيل : سلّم الى الحاكم ان أمكن ، و بـرء أيضاً ، وان لم يمكن أشهد عدلين باحضاره الى المكفول له و امتناعه من قبضه ، وقيل بالاكتفاء بالاشهاد بدون التسليم الى الحاكم وان قدر عليه ، لان مع وجود صاحب الحق لا يلزم دفعه الى من ينوب عنه من حاكم وغيره .

وعندى أيضاً في وجوب الاشهاد نظر ، لعدم الدليل عليه في المقام : كما أنه لادليل على التسليم للحاكم أيضاً ، الا أن يراد بذلك برائة الذمة عن المطالبة بالاحضار مرة أخرى ، والا فهو في حد ذاته من غير ملاحظة ذلك لاوجه له في كل من الموضعين ، هذا ما يتعلق بالكفيل اذا سلم .

أما لو امتنع التسليم فقد عرفت من الاخبار المتقدمة أن للحاكم حبسه حتى يحضره ، والاصحاب قد ذكروا هنا أن للحاكم حبسه حتى يحضره ، وله عقوبته عليه كما في كل ممتنع عن أداء الحق .

وفيه أن غاية مادلت عليه الاخبار المتقدمة هو الحبس حتى يحضره ، وهذا كاف في عقوبته فلا معنى لعقوبته زيادة على ذلك ، لعدم الاذن فيه شرعاً ثم انهم

(١) المستدرك ج ٢ ص ٤٩٨

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ذكروا أنه ان سلمه بعد ذلك فلا كلام ، وان أبى وبذل ما عليه فقد صرح الشيخ وجمع منهم المحقق في الشرايع وغيره كما قدمنا الاشارة اليه ببرائة ذمته من الكفالة لحصول الغرض من الكفالة .

ورد بأنه على تقدير تمامه انما يصح فيما يمكن أخذه من الكفيل كالمال ، ولو لم يكن كذلك كالقصاص وزوجية امرأة والدعوى بعقوبة توجب حداً ، فلا بد من احضاره .

وذهب جمع من الاصحاب منهم العلامة في التذكرة الى أنه لايتعين على المكفول له قبول الحق ، بل له الزامه بالاحضار مطلقا ، وهذا هو ظاهر الاخبار التي قدمناها ، كما أشرنا اليه ذيلها ، و أصحاب هذا القول علّلوا ما ذكروه بعدم انحصار الاغراض في أداء الحق ، وقد يكون له غرض لايتعلق بالاداء ، أو بالاداء من الغريم لامن غيره ، وخصوصاً فيماله بدل ، فانه بدل اضطراري ، لاعين الحق الذي يتعلق الغرض غالباً بحصوله .

وانت خبير بما في هذا التعليل العليل من تطرق المناقشة ، فان البناء على هذه الاغراض انما يصح فيما لو كانت حقوقاً شرعية لامجرد التشهي ، والكفالة انما وقعت وترتبت على حق شرعي .

والاظهر في التعليل انما هو الوقوف على ظاهر الاخبار المتقدمة ، حيث أن ظاهرها انحصار الحق في احضار المكفول ، وأنه لاتبرىء الذمة الا باحضاره ، وقبول ما بذله عنه من المال المطلوب عنه على تقدير كون متعلق الكفالة المال انما هي معاملة أخرى بمنزلة الصلح ، يتوقف على رضى الطرفين .

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه لو تراضيا على قبول المال كما ذكرنا فبذله الكفيل وقبله المكفول له ورضي به عن حقه الذي تعلقت به الكفالة ، فهل يرجع بما دفعه على المكفول عنه ؟ قالوا : ان كان قد كفل باذن الغريم ، أو أدى باذنه وان كان كفل بغير اذنه فله الرجوع عليه ، وان انتفى الامران ، فان أمكنه احضاره فلم يحضره لم يرجع عليه ، وكذا ان كفل بغير اذنه ، وأدى بغير اذنه مع تمكنه من مراجعته ، لان الكفالة لم تتناول المال اختياراً فيكون كالمتبرع ، وان تعذر عليه احضاره رجع

عليه مع اذنه فى الكفالة ، وفى رجوعه مع عدمه نظر ، وظاهرهم أنه يرجع أيضاً كذا ذكره فى المسالك.

و فيه أن ظاهر صدر كلامه أنه اذا كفل باذن الغريم فله الرجوع مطلقا ، وظاهر كلامه بعد ذلك أنه لايرجع مع الاذن فى الكفالة الامع تعذر الاحضار ، فلوأمكن الاحضارلم يرجع ، و هذا هوالاوفق بقواعدهم ، لان الاذن فى الكفالة انما يقتضى تسليم المكفول دون المال ، فمتىأمكن احضاره ودفع عنهالمال والحال هذه ، فانه لامعنى لرجوعه به عليه ، لانه كالمتبرع كما تقدم . نعم لوتعذر الاحضار أمكن ذلك لظهور المانع . والله العالم.

الرابع ــ قال الشيخ فى النهاية : ومن ضمن غيره الى أجل وقال : ان لم آت به كان على كذا و حضر الاجل لم يلزمه الا احضار الرجل ، فان قال : على كذا الى كذا ان لم أحضر فلانا ثم لم يحضره وجب عليه ماذكره من المال .

وقال ابن حمزة ان قدم ضمان المال على الكفالة ، وعجز عن التسليم يلزمه المال ، وان قدم الكفالة على ضمان المال لزمه احضاره دون المال .

وقال ابن البراج : ان قال ان لم أحضره فى وقت كذا فعلى كذا ، فقد قدم ذكرالوقت وأخر ذكرالمال لم يجب عليه اذا حضرالاجل الا احضاره دون المال، وان كانقال : على كذا انلمأحضره فىوقت كذافقدم ذكرالمال وأخر ذكرالوقت، وجب عليه اذا حضر الاجل ولم يحضره ــ المال الذى ذكره .

وقال ابن ادريس :الفرق أنه ان بدأ بضمانالمال ، فقال : على المال المعين الى كذا انلم احضره ثم لم يحضره وجب عليه ماذكره من المال ، وان بدأ بضمان النفس،فقال: انلمأحضره عندحلولالاجل كان على كذا ، وحضرالاجل لم يلزمه الا احضارالرجلدونماذكرهمن المال ،لانهبدأبضمانالنفسقبلالمالوافترقالامران .

وقال ابنالجنيد : اذا قال الكفيل لطالب الحق : مالك على فلان فهو على دونه الى يوم كذا ، وأنا كفيل لك بنفسه صحالضمان على الكفيل بالنفس ، وبالمال ان لم يؤدالمطلوب الى الطالب الى ذلك الاجل وسواء قال له عند الضمان : انلم يأتك به أولم يقل ذلك ، فان قدم الكفالة بالنفس ، وقال أنا كفيل لك بنفس فلان

الى يوم كذا ، فان جاء بمالك عليه وهو ألف درهم ، والا فأنا ضامن للالف ، صحت الكفالة بالنفس ، وبطل الضمان للمال ، لان ذلك كالقمار والمخاطرة ، وهو كقول القائل ان طلعت الشمس غداً فمالك على فلان غريمك وهو ألف درهم علي ، الذى قد اجمع على أن الضمان لذلك باطل .

قال العلامة في المختلف : وعندى في هذه المسئلة نظر ، ثم قال : وقول ابن الجنيد أنسب . (١)

أقول : والاصل في هذه المسئلة ما رواه ثقة الاسلام في الكافي و الشيخ في التهذيب عن أبي العباس (٢) في الصحيح «قال : قلت لابي عبدالله (عليه السلام): رجل كفل لرجل بنفس رجل فقال : ان جئت به والا فعليك خمسمائة درهم ، قال : عليه نفسه ، ولاشيء عليه من الدراهم ، فان قال : على خمسمائة درهم ان لم أدفعه اليك قال : تلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه» هكذا في رواية الكافي ، وفي رواية الشيخ في التهذيب هكذا «فقال : ان جئت به ، والا فعلي خمسمائة درهم» الخبر .

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن أبي العباس (٣) في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام) «قال : سألته عن الرجل يتكفل بنفس الرجل الى أجل ، فان لم يأت به فعليه كذا و كذا درهماً ، قال : ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال ، وهو كفيل بنفسه أبداً الا أن يبدأ بالدراهم ، فان بدأ بالدراهم فهو لها ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذى أجله» .

وقد أطال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك الكلام في هذه المسئلة بنقل ماوقع

---

(١) قال في المسالك بعد أن نقل عن العلامة في هذه المسئلة قولا غريباً نقله عن ابنه فخر المحققين : وقد صار للعلامة وحده في هذه المسئلة أربعة أقوال ، هذا أحدها ، والثاني قوله في القواعد بلزوم المال في الثانية مطلقاً ، والثالث في التحرير والتذكرة بلزوم المال ان لم يحضره ، والرابع في المختلف مذهب ابن الجنيد وهو قول يحتاج تقريره مع تطويل فاعرضنا عنه هنا ، انتهى . منه رحمه الله .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٠٤ ح ٣ ــ التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ١٠

(٣) الفقيه ج٣ ص٥٤ ح٤ والتهذيب ج٦ ص٢٠٩ ح٥ وهما في الوسائل ج١٣ ص١٥٧ ح٢و١

فيها من الاقوال ، والمناقشة في كل منها، ووجه الاشكال في الخبرين المذكورين، وخروجهما عن مقتضى القواعد .

ونحن نذكرهنا ملخص ذلك ليتضح به الحال ، ويظهر بـه ما في الخبرين المذكورين من الاشكال ، وذلك فان ظاهر الخبرين الاشتمال على حكمين مختلفين، ومسئلتين متغايرتين باعتبار الفرق بين تقديم الجزاء على الشرط ، وتأخيره عنه ، مع أن ذلك لامدخل له في اختلاف الحكم ، لان الشرط وان تأخر فهو في حكم المتقدم ، الا أن الجماعة جمدوا على النص ، ومع ذلك فان جملة منهم لـم يقفوا على قيوده ، فان الشيخ والمحقق في الشرايع (١) والعلامة في الارشاد والقواعـد ذكروا لزوم المال في المسئلة الثانية غيرمقيد بقيد ، مع أنه مقيد في الخبرين بقوله في الاولى ان لم يدفعه اليه ، وفي الثانية بقوله ان لم يأت به الى الاجل الى آخره، وقد تفطن لذلك المحقق في النافع ، فقال :كان ضامناً للمال ان لم يحضره الى الاجل، وكذلك العلامة في التحرير والتذكرة .

ثم ان جملة منهم جمدوا على النص ولم يلتفتوا الى تعليل في دفع ما اشتمل عليه من المخالفة ، لمقتضى القواعد كما هو طريقة الشيخ في النهاية ، ومنهم مـن التجاء الى أن الحكم في المسئلتين اجماعي ، ومع ذلك فانه منصوص ، فلايمكن العدول عنه بمجرد التباس الفرق بين الصيغتين ، وعلى هذا بنى الشيخ ابن فهد في المهذب ، وتبعه المحقق الشيخ علي في شرح القواعد .

وفيه نظر لعدم تحقق الاجماع المذكور (٢) ومنهم من اكتفى بمجرد الدعوى

(١) قال في الشرايع : ولو قال : ان لم أحضره كان علي كذا لـم يلزمه الا احضاره دون المال ، ولو قال : علي كذا الى كذا ان لم أحضره وجب عليه ماشرط من المال . وقال في الارشاد : و لو قال : ان لم أحضره كان علي كذا لزمه الاحضار خاصة ، ولو قال : علي كذا الى كذا ان لم أحضره وجب المال ، انتهى . منه رحمه الله .

(٢) وتوضيحه ان أحداً لم يدع الاجماع في المسئلة ، والموجود كلامهم في المسئلة جماعة يسيرة من الاصحاب والباقون لم يتعرضوا للكلام فيها بالكلية مع ان العلامة كما تقدم نقل كلامه في المختلف وتنظر في ذلك ، ثم قال الى كلام ابن الجنيد المخالف لما ذكروه وقد عرفت أيضاً اختلاف قولي المحقق في الشرايع والنافع في ذلك ، فدعـوى الاجماع والحال كما عرفت مجازفة محضة . منه رحمه الله .

كابن ادريس على ما تقدم في كلامه ، و هو فـرق بمجرد الدعـوى لا يتحصل له فائدة ، ولهـذا قال المحقق في نكت النهاية في ردّه : ان الشـرط متقدم على المشروط طبعاً فلا عبرة بتأخره وضعاً ، ومنهم من علّل ذلك بعلة ظنّها وافية بالمراد ، خالية عن الايراد ، كالشيخ (رحمةالله عليه) حيث ذكر أن السر في لزوم المال اذا قدمه براءة ذمـة المضمون عنه ، فيمتنع الكفالة ، واذا قدم الكفالة كان الضمان المتعقب لها لكونـه معلقاً على شرط باطلاً ، ولمنافاة الضمان صحة الكفالـة وهذا السر الذى أظهره ناش من عبارة العلامة في القـواعد و الارشـاد ، و المحقق في الشرايع(١) حيث أطلقوا لزوم المال في المسئلة الثانية ، وقد عرفت مما قدمنا ذكره أنه في الرواية مشروط بعدم احضاره ، فتكون الكفالة أيضاً صحيحة ، و ان تأخرت عن ذكر المال .

هذا مع أنه مع تقديم المال قد جعل ضمانه مشروطاً بعدم احضاره ، فكيف يقال : ببراءة ذمة المضمون عنه حتى تمتنع كفالته ؟ وماهذا الا رجوع الى فرق ابن ادريس الذى لم يجد نفعاً ، ومع تقديم الكفالة قد ذكر في الرواية أنه ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال ، ومفهوم الشرط أنه ان لم يجيء به لزمه المال ، فدلّ بمفهومه على خلاف ماذكره الجماعة ـ وأبدأوه من الفرق الا أن لا يقولوا بمفهوم الشرط .

أقول : لايخفى ان فهم هذا الحكم الذى ذكروه واختلفوا التفصي عن صحته من الرواية الاولى انما يتم على تقدير رواية الشيخ لها في التهذيب كما تقدم ذكره و أما على رواية الكافي فان الظاهر أن القائل بقـوله « ان جئت بـه والا فعليك خمسمأة درهم » انما هـو المكفول له خاطب بذلك الكفيل ، كما هو ظاهر سياق الرواية ، وحينئذ فقوله (عليه السلام) : « عليه نفسه ولاشيء عليه من الدراهم » ظاهر ، لان مقتضى الكفالة احضار المكفول خاصة ، وما اشترطه عليه المكفول له لغو من القول ، لاعبرة به ، ولا أثر يترتب ، و حينئذ فلا تكون هـذه الرواية من

(١) وانهم ذكروا أنه مع تقديم ذكر الكفالة في العبارة ، فالواجب الاحضار ، دون المال ، والرواية دلت بالمفهوم الشرطي على أنه ان لم يجيء بالرجل الى الاجل فعليه المال فاطلاق لزوم الكفالة بمجرد تقديمها في العبارة لاوجه له لما دل عليه النص من التفصيل في ذلك . منه رحمه الله .

المسئلة في شيء .

بقي قوله في تتمة الرواية ، « فان قال » يحمل على قول الكفيل ، بمعنى أنه ان قال ذلك وألزم نفسه المبلغ المذكور لزمه ان لم يدفعه ، وما ربما يقال : ـ من أنه يخالف المشهور ، من أن مقتضى الكفالة أداء المال ان لم يحضر المكفول ـ مردود بما قدمنا ذكره ، من أن غاية مايفهم من أخبارها المتقدمة انما هو احضار المكفول خاصة ، غاية الامر انهما اذا اصطلحا وتراضيا بدفع المال صح ذلك ، والا فالحق الذى أوجبته الكفالة انما هو الاحضار خاصة .

نعم يبقى الاشكال بالنسبة الى الخبر الثاني ، قال في الوافي ـ و نعم ماقال ، بعد ذكر الخبرين المتقدمين على الترتيب الذى قدمناه ونقله الرواية الاولى بما في الكافي ـ ما لفظه : بيان الفرق بين الصيغتين في الخبرين غير بيّن ولا مبين ، وقد تكلف في ابدائه جماعة من أصحابنا بما لا يسمن و لا يغني من جوع ، صوناً لهما من الرد ، وقد ذكره الشهيد الثاني في شرحه للشرايع ، من أراد الوقوف عليه وعلى مايرد عليه فليرجع اليه ويخطر بالبال أن مناط الفرق ليس تقديم الشرط على الجزاء وتأخيره عنه ، كمافهموه ، بل مناطه ابتداء الكفيل بضمان الدراهم من قبل نفسه مرة ، والزام المكفول له بذلك من دون قبوله أخرى كما هو ظاهر الحديث الاول والحديث الثاني ، وان كان ظاهره خلاف ذلك الا أنه يجوز حمله عليه ، فان قول السائل « فان لم يأت به فعليه كذا » (١) ليس صريحاً في أنه قول الكفيل ، وعلى تقدير ابائه عن هذا الحمل يحمل على وهم الراوى ، أو سوء تقريره ، فان صدر الخبرين واحد ، والسائل فيهما واحد ، هذا على نسخة الكافي كما كتبناه .

وأما على نسخة التهذيب الذى نشأت فيها تكلفات الاصحاب فلايتأتى هذا التوجيه ، فان الحديث فيه هكذا « رجل تكفل لرجل بنفس رجل ، فقال : ان جئت به والافعلي خمسمائة درهم » الحديث ، والظاهر أنه من غلط النساخ والعلم عندالله . انتهى .

أقول : بل الظاهر انه من سهو قلم الشيخ ، فانه لايخفى على من نظر الكتاب

(١) الاظهر في العبارة ان تقول الزام المكفول له الكفيل بذلك من دون قبوله ، ولعله سقط من النسخة التى عندنا . منه رحمه الله .

المذكور بعين التأمل، فانه قلما يخلو حديث من أحاديثه من التغيير أو التبديل أو التحريف في السند أو المتن. والله العالم.

الخامس - قالوا: من أطلق غريماً من يد صاحب الحق قهراً ضمن احضاره أو أداء ما عليه، ولو كان قاتلاً لزمه احضاره أو دفع الدية. والوجه في وجوب الاحضار في كل من المسئلتين أنه باطلاقه الغريم قهراً غاصب، فعليه ضمان ما غصبه باحضاره، لان اليد المستولية يد الشرعية مستحقة وبه يتحقق الغصب، ويبتنى عليه الضمان بالاحضار.

وأما الوجه في أداء ما عليه في المسئلة الاولى فانهم عللوه بأنه باطلاقه لـه غصباً فاللازم لـه اما ارجاعه وتسليمه، أو أداء ما عليه مـن الحق الذى بسببه ثبتت اليد عليه.

والظاهر أنه يبنى على ما تقدم في الكفيل الممتنع من الاحضار وتسليم المكفول، فان قلنا بالتخيير بين الاحضار ودفع ما عليه ثم ما ذكروه هنا، و الظاهر أن القائل به هنا بنى على ذلك في تلك المسئلة.

وان قلنا: بأن الحق الذى اقتضته الكفالة انما هو الاحضار خاصة والرضى بما عليه معاملة أخرى، تتوقف على التراضى لم يتجه ما ذكروه هنا من التخيير، وبالنسبة الى دفع الدية في المسئلة الثانيه هو الحيلولة أيضاً بينه وبين غريمه.

ولكن الظاهر تقييد ذلك بعدم التمكن من احضاره وان كان ظاهر كلامهم الاطلاق، ولم أقف في المقام على خبر الا ما رواه ثقة الاسلام في الكافي عن حريز(١) في الصحيح عن أبى عبدالله (عليه السلام) «قال: سألته عن رجل قتل رجلا عمداً فرفع الى الوالى فدفعه الوالى الى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدى الاولياء، فقال: أرى أن يحبس الذين خلصوا القاتل مـن أيدى الاولياء حتى يأتوا بالقاتل، قيل فان مات القاتل وهم في السجن، قال: فان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً الى أولياء المقتول».

وهذا الخبر كما ترى ظاهر الدلالة، في أن حكم المسئلة الثانية انما هو حبس من أطلق للقاتل حتى يحضره، ولا تعرض فيه لما ذكروه من التخيير بين احضاره،

(١) الكافي ج٧ ص٢٨٦ ح١ - التهذيب ج١٠ ص٢٢٣ ح٨ - الفقيه ج٤ ص٨٠ ح١٥ الوسائل ج ١٩ ص ٣٤: الباب ١٦

وبين دفع الدية والامام (عليه السلام) انما أوجب عليه الدية بعد موت القاتل وعدم احضاره ، فهو ظاهر في أنّه مع حيوة القاتل فليس الحكم الا احضاره وتسليمه الى أولياء الدم ، وهو موافق لما تقدم من أخبار الكفالة من حيث أن مقتضاها انما هو احضار المكفول ، دون أداء ما عليه كما ادعاه جملة منهم .

ومنه يفهم أيضاً حكم المسئلة الاولى ، وأن الحكم فيها انما هو احضاره لأداء ما عليه ، لان مرجع المسئلتين الى أمر واحد ، وهو من أطلق من عليه حق من يد غريمه قهراً ، فانه يضمنه ، ويجب عليه احضاره وتسليمه لمن أخذه من يده ، وأن للحاكم أن يحبسه كما يحبس الكفيل حتى يحضره .

بقي الكلام في أنهم قالوا في المسئلة الاولى : وحيث يؤخذ المال لا رجوع له على الغريم اذا لم يأمره بدفعه ، اذ لم يحصل من الاطلاق ما يقتضي الرجوع ، وهو جيد لو ثبت جواز أخذ المال ، الا أنه لا دليل عليه كما عرفت .

وقالوا في الثانية : لا فرق بين كون القتل عمداً وغيره ، اذ القصاص لا يجب الا على المباشر ، فاذا تعذر استفاؤه وجبت الدية ، كما لو هرب القاتل عمداً أو مات ، ثم ان استمر القاتل هارباً ذهب المال على المخلص ، وان تمكن الولي منه وجب عليه رد الدية الى الغارم وان لم يقبض من القاتل ، لانها انما وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت ، وعدم القتل الان مستند الى اختيار المستحق(١) .

أقول : وفي هذا أيضاً ما في سابقه ، فان وجوب الدية على المخلص انما ثبت في صورة موت القاتل خاصة ، كما عرفت من الخبر المتقدم ، بمعنى أن المخلص له لم يسلمه حتى مات ، والا فمع حياته فالحكم انما هو احضاره ، فيحبس المخلص له حتى يحضره .

---

(١) بمعنى أنه بعد الهرب أخذ الولي الدية من المخلص فان استمر على هربه ذهب ما دفعه المخلص ، وان تمكن منه الولي فلا ريب في رده الدية اذا اختار القصاص ، وكذا يجب عليه ردها لو لم يتخير القصاص ، لانه انما أخذها من حيث الحيلولة ، وقد سقطت بعد رؤيته فيرجع بالدية على القاتل ، ويجب ردها على المخلص ، هذا حاصل كلامه ، وفيه ما عرفت في الاصل . منه رحمه الله .

فقوله « انه مع تعذر استيفاء القصاص يجب الدية ، كما لو هرب القاتل عمداً أو مات » ، مسلم بالنسبة الى الموت خاصة ، دون الهرب ، فانه لادليل على أخذ الدية في الصورة المذكورة ، وبه يظهر ما في تفريعه على ذلك بقوله « ثم ان استمر القاتل هارباً » الى آخره .

وقالوا أيضاً لو كان تخليص الغريم من يد كفيله وتعذر استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذ المال أو الدية من الكفيل كان له الرجوع على الذى خلّصه لعين ماذكر فى تخليصه من يد المستحق .

وفيه أيضاً ما عرفت من أن الواجب بمقتضى النصوص فى هذه الصورة انما هو حبس المخلّص حتى يحضر الغريم الذى خلّصه ويدفعه الى الكفيل ، ثم ان الكفيل يدفعه الى المكفول له ، وليس على الكفيل أن يغرم المال كما ادعوه ، حتى أنه يرجع به بعد ذلك على الذى خلّصه .

نعم قد ورد ذلك كما عرفت فى صورة موت الغريم ، ويحتمل قريباً اجرائه فى كل موضع تعذر فيه تحصيل الحق من الغريم ، لا مطلقاً كما ادعوه ، وقد تقدم فى الموضع الثالث ان الواجب على الكفيل بمقتضى الاخبار المذكورة ثمة انما هو الاحضار خاصة دون أداء ما على الغريم .

وبالجملة فان كلامهم فى هذا المقام كله مبنى على وجوب الاداء على الكفيل فى الكفالة ، والمخلّص فى صورة هذا الموضع ، وقد عرفت مافيه ، وأنه مع عدم الدليل عليه مدفوع بالاخبار الواردة ثمة وهنا أيضاً . والله العالم .

السادس ـ الظاهر أنه لاخلاف بينهم فى وجوب كون المكفول معيناً ، فلو قال : كفلت أحد هذين لم يصح ، وكذا لو قال : كفلت بزيد او فلان ، وكذا لو قال : كفلت بزيد فان لم آت به فبعمرو ، لاشتراك الجميع فى الجهالة ، وابهام المكفول فتبطل لان الغرض من الكفالة هو وجوب احضار المكفول متى طلبه المكفول له واذا لم يعلم المكفول بعينه لم يستحق المطالبة باحضاره .

وفى الصورة الثالثة مايوجب البطلان ـ زيادة على الجهالة ـ من تعليق كفالة عمرو على شرط ، وهو عدم الاتيان بزيد فتبطل من هذا الوجه أيضاً ، وكفالة زيد

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ليست متعينة ، لان الكفيل جعل نفسه في فسحة باحضار عمرو ان اختار ، فيرجع الى الابهام كالسابق ، هكذا قرروه .

والتحقيق أن يقال : ان الكفالة من العقود اللازمة الموجبة لاشتغال الذمة فيجب الوقوف فيها على ماورد به الشرع ، وقرره من المواضع التي تتحقق فيه ، وهو ما اذا كان المكفول متعيناً معلوماً ، وأما ماعداه فلا يصح ، لعدم الدليل عليه .

السابع : قال الشيخ في المبسوط : اذا تكفل مؤجلا صح ، فان أحضره قبل الاجل و سأله تسلمه نظر ، فان كان لاضرر عليه لزمه تسلمه ، وان كان عليه ضرر لم يجب ، وتبعه ابن البراج على ذلك .

و المشهور بين المتأخرين وبه صرح المحقق و العلامة و غيرهما هو عدم الوجوب ، لانه غير التسليم الواجب ، حيث أن وجوبه مشروط بحلول الاجل ، فحقه مخصوص بحلول الاجل ، فلايجب أن يقبض غير حقه ولايعتدبه .

و مثله ما لو شرط تسليمه في مكان او قلنا باقتضاء الاطلاق الانصراف الى موضع العقد ، فسلمه في غيره وان انتفى الضرر أو كان أسهل ، كذا قالوا ، ولو سلمه الكفيل الأأن المكفول له لايمكنه تسلمه وقبضه ، لكونه ممنوعاً بيد قاهر لم يبرأ الكفيل ، لان براءته مشروطة بالتسليم التام كما تقدم بيانه في الموضع الثالث ، فلايعتبر بالتسليم الممنوع معه من استيفاء الحق بقاهر أوغيره .

و لو كان في حبس الحاكم الشرعي لم يمنع ذلك تسليمه ، للتمكن من استيفاء الحق ، بخلاف ما اذا كان في حبس الجائر ، و الفرق بينهما واضح في الاغلب ، فان الحاكم الشرعي لايمنع من احضاره ومطالبته بالحق ، بخلاف الجائر ، فانه قد يمنع ، فلابد من التقييد بمنعه ، و الا فلو فرض أن المكفول له قادر على تسلمه من حبس الجائر ، لصحبة كانت بينه وبينه ، أوقوة المكفول له أونحو ذلك ، فانه في قوة عدم الحبس بالكلية ، و الاصحاب انما أطلقوا الحكم بناء على الغالب من عدم تسلمه تاماً لو كان في حبس الجائر .

ثم انه لو كان في حبس الحاكم الشرعي فطلبه الكفيل من الحاكم أمر الحاكم باحضاره ، و حكم بينهما فان انفصلت الحكومة بينهما رده الى الحبس

بالحق الاول ، ولو توجه عليه حق يوجب الحبس حبسه أيضاً بالحقين معاً ، وتوقف فكه على خلاصه من الحقين معاً .

الثامن ــ المشهور في كلام جملة منهم أنه اذا تكفل بتسليمه في موضع معين وجب عملا بالشرط ولا يبرء بالدفع في غيره .

وقال الشيخ في المبسوط : اذا تكفل على أن يسلمه اليه في موضع ، فسلمه في موضع آخر ، فان كان عليه مؤنة في حمله الى موضع التسليم لم يلزم قبوله ، ولا يبرء الكفيل ، وان لم يكن عليه مؤنة ولا ضرر لزمه قبوله ، كما ذكرنا في الاجل سواء وتبعه ابن البراج في ذلك .

ورد الاصحاب بما ردوا به قوله في سابق هذا الموضع من أن حقه انما هو في ذلك الموضع المشترط، فلا يجب عليه القبول في غيره ، لانه ليس حقه ، وأما اذا تكفل بتسليمه مطلقاً ولم يعين موضعاً فظاهرهم أن الاطلاق ينصرف الى بلد العقد ، لانه المفهوم ، وقد تقدم الكلام في ذلك في فصل السلم في كتاب البيع(١) ويشكل ماذكروه بما لو كان محل العقد مكاناً لارجوع لهما اليه كبرية أو بلد غربة ، يقصدان مفارقته ، ونحو ذلك ، الا أن تدل القرائن على استثناء مثل ذلك ، وخروجه عن الاطلاق .

ونقل في المختلف عن الشيخ في المبسوط : أنه اذا أطلق موضع التسليم وجب التسليم في موضع الكفالة ، ثم نقل عن ابن حمزة أنه يلزمه التسليم في دار الحاكم أو موضع لايقدر على الامتناع ، ورده قال : لنا انه اطلاق لموضع التسليم فتعين موضع العقد كالسلم ، ولعدم أولوية بعض الامكنة .

التاسع ــ اذا كان المكفول غائباً ، والكفالة حالّة أو مؤجلة ، وحلّ الاجل وهو غائب ، فان كان الغائب ممن يعرف موضعه ولم ينقطع خبره انتظر بقدر مايمكن الذهاب اليه والعود به ، وان لم يعرف له خبر ولا موضع وصار مفقود الخبر لم يكلف الكفيل باحضاره ، لتعذره وعدم امكانه ، ولا شيء عليه ، لانه لم يقصر في الاحضار ليؤخذ بالمال ، كما ذكره جملة منهم ولم يضمن المال ، فلا يتعلق به شيء .

العاشر ــ قال الشيخ في المبسوط : اذا تكفل رجلان ببدن رجل لرجل ، فسلمه

---

(١) ج ٢٠ ص ٣١ .

أحدهما لم يبرء الاخر، لانه لادليل عليه، ولتغاير الحقين، وتبعه ابن حمزة وابن البراج.

والمشهور في كلام المتأخرين براءة الاخر، لان المقصود تسليمه له و قد حصل، بل لو سلم نفسه أو سلمه أجنبي برىء الكفيل من الكفالة، لحصول الغرض فكيف مع تسليم أحد الكفيلين ـ فانه أولى.

وتظهر الفائدة لو هرب بعد التسليم الاول، فعلى المشهور لاحق للمكفول له، وعلى قول الشيخ ومن تبعه له الرجوع على الكفيل الثاني، لبقاء حقه عليه، ثم انه على تقدير القول المشهور هل يشترط في تسليم أحد الكفيلين وحده قصد تسليمه عنه وعن شريكه؟ أم يكفي الاطلاق؟ بل يكفي تسليمه عن نفسه احتمالان: و يأتي مثلهما فيما لو سلم نفسه أو سلمه أجنبي، ويأتي مثله أيضاً في وجوب قبول المكفول له وقبضه عمن لم يسلم، اذ لم يجب عليه قبول الحق ممن ليس له عليه أو بدله ـ ومن حصول الغرض وهو التسليم.

وظاهر اطلاق الاصحاب القائلين بهذا القول هو الاجتزاء به مطلقاً في هذه المسئلة، وسيأتي الكلام في ذلك بالنسبة الى غير هذه الصورة.

ولو انعكس الفرض بأن تكفل رجل لرجلين برجل، ثم سلمه الى أحدهما لم يبرء من الاخر عند الاصحاب، قالوا: والفرق بين هذه الصورة وسابقتها ـ بناء على القول المشهور من براءة الجميع ـ هو أن عقد الكفالة في هذه الصورة وقع مع اثنين، فهو بمنزلة عقدين، كما لو تكفل لكل واحد منهما على انفراده، و كما لو ضمن دينين لشخصين، فأدى أحدهما، فانه لا يبرء من دين الاخر.

أقول: والاظهر في التنظير انما هو كالمال المشترك بين اثنين في ذمة آخر، فانه لا يبرىء بالدفع الى أحد الشريكين، الا أن يكون وكيلا عن الاخر في القبض، فيكون المتسلم هنا أصالة من نفسه، و وكالة عن الاخر. بخلاف الصورة السابقة، فان الغرض من كفالتهما احضاره، وقد حصل وان كان بفعل أحدهما فتبطل الكفالة لحصول الغرض منها.

الحادي عشر ـ لو قال الكفيل: أبرأت المكفول، فانكر المكفول له، فان كان للكفيل بينة تثبت دعواه فلا اشكال، وان لم تكن بينة فاليمين من طرف المكفول له فاما أن يحلف على بقاء حقه أو يرد اليمين على الكفيل،

فان حلف برأ مـن دعوى الكفيل عليه ، و تثبت الكفالة ، ثـم ان جاء الكفيل بالمكفول فادعى البراءة أيضاً لم تكف اليمين الاولى التى حلفها المكفول له للكفيل ، بل عليه له يمين أخرى ، لانها دعوى ثانية لاتعلق له بالدعوى الاولى ، فان الدعوى الاولى فى ثبوت الكفالة وعدمها ،وان لزمها براءة المكفول لو ثبتت ، والدعوى الثانية فى ثبوت الحق وعدمه .

وان رد المكفول له اليمين على الكفيل فحلف برأ من الكفالة ، ولايبرء المكفول من المال ، وان كان اللازم من يمينه ذلك ، الأأن الدعويين مختلفان ، ولان الانسان لايبرء بيمين غيره .

نعم فى صورة الدعوى بين المكفول والمكفول له لو حلف المكفول اليمين المردودة عليه بأنه برىء الذمة من دعوى المكفول له بـرأ المكفول والكفيل ، لانه متى ثبت بها براءة الذمة بطلت الكفالة ،وان كان قد حلف المكفول له للكفيل اولا على عدم الابراء ، لسقوط الحق بيمين المكفول وتصير فى حكم مالـوأدى الحق فتبرىء ذمته ، وتبطل الكفالة كما ذكرناه .

الثانى عشر ـ قالوا : اذا مات المكفول برأ الكفيل ، وكذا لو جاء المكفول وسلم نفسه الى المكفول له .

أقول : أما الحكم الاول فوجهه واضح ، لان متعلق الكفالة النفس وقد فاتت بالموت ، والاحضار المذكور فى الكفالة انما ينصرف الى حال الحيوة ، لانه الفرد الشايع الذى يترتب عليه الاحكام فيحمل عليه الاطلاق .

قال : بعض محققى متأخرى المتأخرين ، وكأنه مجمع عليه بين الاصحاب والغرض من ذكره انما هو الرد على بعض العامة ، حيث أوجبوا المال على الكفيل، الأأنه قال فى المسالك : هذا كله اذا لم يكن الغرض الشهادة على صورته ، والاوجب احضاره ميتاً مطلقا ، حيث يمكن الشهادة عليه بأن لاتكون قد تغيرت بحيث لاتعرف، ولافرق فى ذلك بين كونه قد دفن وعدمه ،لان ذلك مستثنى من تحريم نبشه .انتهى .

أقول : ما ذكره من الفرع المذكور قد نقله العلامة فى التذكرة عن بعض الشافعية ، ورده ، ولابأس بنقل ملخص كلامه فى هذه المسئلة فى الكتاب قال (قدس سره)

اذا مات المكفول بـه بطلت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا ، ثم نقل ذلك عن جملة من علماء العامة ، ثم نقل عن جملة منهم القول بوجوب المال على الكفيل ، معللين ذلك بأن الكفيل وثيقة على الحق ، فاذا تعذر استيفاءالحق ممن عليه استوفى من الوثيقة كالرهن .

ثم رده بالفرق بين الموضعين المذكورين ، ثـم قال : وقال بعض الشافعية : لاتبطل الكفالة ، ولاينقطع طلب الاحضار عن الكفيل ، وهوأصح قولـي الشافعية عندهم ، بل عليه احضاره مالم يدفن وقلنابتحريم النبش لاخذالمال اذاأراد المكفول له اقامة الشهادة على صورته ، كمالو تكفل ابتداء ببدن الميت .

ثم رده بأنه ليس بجيد ، قال :لان الكفالة على الاحضار انما يفهم منها احضاره حال الحيوة ، وهو المتعارف بين الناس ـ والذى يخطر بالبال ، فيحمل الاطلاق عليه.

ويمكن كما احتمله بعض المحققين حمل كلامه فـي المسالك على ما اذا اشترط احضاره ميتاً لاجل الاشهاد في عقدالكفالة .

وأما الحكم الثانى فالظاهر أنه لااشكال في صحته ، وبرائة الكفيل لوسلم نفسه تسليماً تاماً ، لحصول الغرض به بأى نحو كان ، وقيده في التذكرة بما اذا سلم نفسه من جهة الكفيل ، فلو لم يسلم نفسه من جهته لم يبرء الكفيل ، لانـه لم يسلمه ، ولاأحد من جهته ، وأطلق في موضع آخر من الكتاب البرائة كما هوظاهر عبائر كثير من الاصحاب ، وهو الاظهر .

قال في المسالك : وهوأجود ، وبه جزم المحقق الاردبيلى (قـدس سره) ولوسلمه أجنبى عـن الكفيل فلاخلاف ولااشكال ، ولو لـم يكن عنه فالوجهان المتقدمان . و جزم في التذكـرة هنا بالتفصيل ، بأنه ان كان عـن الكفيل صح وبرئت ذمة الكفيل ، والافلا ، قال : لانه لايجب على المكفول له قبوله ، الا أن يكون التسليم صادراعن اذن الكفيل ، محتجاً بعدم وجـوب قبض الحق الاممن هوعليه ، لكن لوقبل برء الكفيل .

قال فـي المسالك ونعم ما قال : و في كل هذه الفروع نظـر ، واطلاق المصنف وجماعة يقتضى عدم الفرق ،ولعله أوجه .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وكلام التذكرة مختلف ، و سياقه يقتضى التفريع عند الشافعية ، وأنه لايرتضيه ، الاأن عبارته وقعت مختلفة .

الثالث عشر ـ قد صرح الاصحاب (رضوان الله عليهم) بترامى الكفالة ، كما تقدم مثله في الضمان والحوالة ، لانه لماكان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول وان لم يكن مالاً صح كفالة الكفيل من كفيل ثان ، لان الكفيل الاول عليه حق المكفول له ، وهو احضار المكفول الاول ، وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل ، وهكذا في المرتبة الثالثة ومابعدها ، وهو المراد بالترامى ، الا أنه يختلف حكم الاحضار في هذه المراتب ، فانه متى أحضر الكفيل الاخير في هذه المراتب المتعدده مكفوله برء من الكفالة خاصة ، وبقى على مكفوله احضار من كفله ، وهكذا ، ولو أحضر الكفيل الاول مكفوله برء الجميع . لانهم فروع عليه ، وهكذا لو أحضر الكفيل الثانى الكفيل الاول برء هو ومن بعده من الكفلاء للفرعية عليه كما عرفت ، ونحو ذلك لو أبرء المكفول له الاول غريمه ، وهو المكفول الاول برء جميع من تأخر عنه ، لزوال الكفالة بسقوط الحق بالابراء ، ولو أبرء بعض أصحاب هذه المراتب غيره من حق الكفالة ، بمعنى أنه أسقط عنه حق الكفالة ، برء كل من كان بعده دون من كان قبله .

ومتى مات واحد منهم برء من كان فرعاً عليه فبموت من عليه الحق يبرؤن جميعاً ، وبموت الكفيل الاول يبرء من بعده ، وبموت الثانى يبرء الثالث ومن بعده دون من يكون قبله ، وهكذا بعد موت الثالث يبرء من بعده ، ولا يبرىء الاولان ، كل ذلك لما عرفت من الفرعية في المتأخر ، فيسرى اليه الابراء دون المتقدم .

وقد تقدم في الضمان والحوالة وقوع الترامى والدور فيهما ، والترامى هنا قد عرفت صحته ، وأما الدور ، فانه لايصح هنا ، لان حضور المكفول الاول يوجب براءة من كفله ، وان تعدد ، فلامعنى لمطالبته باحضار من كفله كذا أفاده شيخنا الشهيد الثانى (عطر الله مرقده) في المسالك . والله العالم .

الرابع عشر ـ لايخفى أنه حيث أن الغرض من الكفالة احضار ذات المكفول ، فالواجب في عقد الكفالة الاتيان بلفظ يدل على ذلك ، و لا خلاف ولا اشكال فيما

لو قال : كفلت لك فلاناً أو أنا كفيل به ، أو باحضاره ، وفي حكم لفظ ذاته ، لفظ نفسه وبدنه ، لان الجميع بمعنى واحد في العرف العام ، وان اختلفت تحقيقا في الحقيقة .

انما الكلام في مثل لفظ الرأس والوجه ، بأن يقول : كفلت لك برأسه ـ أو بوجهه ، فظاهر جملة من الاصحاب كالعلامة والمحقق وغيرهما ، بل الظاهر أنه المشهور بينهم صحة الكفالة ، لان هذين اللفظين مما يعبر بهما عن الجملة .

والحق بهما العلامة في التذكرة الكبد والقلب ، وكل عضو لاتبقى الحيوة بدونه ، والجزء المشاع كالثلث والربع ، قال : لانه لايمكن احضار المكفول الا باحضاره كله ، وتنظر في ذلك بعض محققي المتأخرين ، قال : أما الاول فان العضوين المذكورين وان كانا قد يطلقان على الجملة ، الا أن اطلاقهما على أنفسهما خاصة أيضاً شايع متعارف ، ان لم يكن أشهر ، و حمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح ـ مع الشك في حصول الشرط وأصالة البراءة من لوازم العقد غير واضح .

نعم لو صرح بارادة الجملة من الجزء اتجهت الصحة ، كارادة أحد معنيي المشترك ، كما أنه لو قصد الجزء بعينه لـم يمكن الحكم بالجملة قطعاً ، بـل كالجزء الذى لايمكن الحيوة بدونه ، وبالجملة فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة تدل على أحدهما ، فعند ذلك لايصح تعليل الصحة بأنه قد يعبر بذلك عن الجملة .

وأما الثاني وهو الاجزاء التي لايعيش بدونها ومافي حكمها ، فلان احضاره وان كان غير ممكن بدونها ، الا أن ذلـك لا يقتضي صحة العقد ، لان المطلوب من الكفالة هو المجموع ، أو ما يطلق عليه كما في السابق على تقدير ثبوته .

أما اذا تعلق ببعضه فلادليل على صحته ، وان توقف احضار الجزء المكفول على الباقي لان الكلام ليس في مجرد احضاره ، بل في احضاره على وجه الكفالة الصحيحة ، فوجوب احضار مالايتعلق به الكفالة يترتب على صحة كفالة الجزء الذى تعلقت به ، وذلك الجزء ليس هو المطلوب شرعاً بل في الجملة ، فلا يتم التعليل ، ولا اثبات الاحكام الشرعية المتلقاة من الشرع بمثل هذه المناسبات ،

ولو جاز اطلاق هذه الاجزاء على الجملة مجازاً لم يكن ذلك كافياً، لكونه غير متعارف مع أن المتعارف ماقد سمعت ، وحينئذ فالقول بعدم الصحة أوضح .

وأما الجزء الذى تبقى الحيوة بعد زواله ، ولايطلق عليه اسم الجملة كاليد والرجل فعدم الصحة فيه أشد وضوحاً ، كما جزم به بعضهم ، واستشكل فيه فى القواعد مما ذكر ، ومن عدم امكان احضاره على حالته بدون الجملة ، فكان كالرأس اوالقلب ، ولايبعد القول بالصحة لمن يقول بها فيما سبق وان كان الحكم فيه أضعف . انتهى كلامه (زيد مقامه) وهو جيد وجيه ،

أقول : لايخفى على من راجع كتاب التذكرة ، أن هذه الفروع وما وشحت به من التعليلات كلها من كلام العامة ، وقد تبعهم فيه أصحابنا ، واختلفوا باختلافهم وعللوا بتعليلاتهم ، وهكذا فى جملة هذه الفروع الغريبة مما تقدم فى الكتب المتقدمة ، وما يأتى كلها انما جروا فيها على نهج أولئك ، فانه لايخفى على من طالع مصنفات قدمائنا (رضوان الله عليهم) انهم لا يذكرون غير مجرد الاخبار ، وهذا التفريع وتكثير الفروع فى الاحكام الشرعية مبدءٌ كان من الشيخ تبعاً لكتب المخالفين فى مبسوطه وخلافه ، وتبعه من تأخر عنه نسأل الله عز وجل المسامحة لنا ولهم من زلات الاقدام ، ومداحض الافهام . والله العالم بحقايق الاحكام ونوابه القائمون بمعالم الحلال والحرام .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كتاب الصلح

وهو عقد شرع لقطع التجاذب ، والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع .

قال الله عز وجل(١) « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلاجناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » وقال عز وجل(٢) « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما » .

و روى في الكافي عن حفص ابن البختري(٣) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : الصلح جائز بين الناس » .

و روى في الفقيه مرسلاً (٤) قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) :

« الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً »

وروى في البحار (٥) نقلاً عن كتاب الامامة والتبصرة مسنداً عن مسعدة بن صدقة عن الصادق (عليه السلام) عن أبيه عن آبائه (عليهم السلام) قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) الحديث .

---

(١) سورة النساء الاية ١٢٨

(٢) سورة الحجرات الاية ٩

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٥

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٢١ ح ١

(٥) البحار ج ١٠٣ ص ١٧٨ ح ٢ والوسائل ج ١٣ ص ١٦٤ الباب ٣ من كتاب الصلح .

وروى في الكافي عن هشام بن سالم(١) في الصحيح عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: لان أصلح بين اثنين أحب الى من أن أتصدق بدينارين.

وعن المفضل(٢) « قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): اذا رأيت بين اثنين من شيعتنا منازعة فافتدها من مالي ».

وعن أبي حنيفة سايق الحاج(٣) قال: من بنا المفضل وأنا وختني نتشاجر في ميراث، فوقف علينا ساعة ثم قال لنا: تعالوا الى المنزل، فأتينا فأصلح بيننا بأربعمائة درهم، فدفعها الينا من عنده حتى اذا استوثق كل واحد منا من صاحبه. قال لنا: أما أنها ليست من مالي ولكن أبو عبدالله (عليه السلام) أمرني اذا تنازع رجلان من أصحابنا في شيء أن أصلح بينهما و أفتديها من ماله، فهذا من مال أبي عبد الله (عليه السلام)، الى غير ذلك من الاخبار الواردة في المقام، وسيأتي شطر منها في بعض الاحكام.

وماذكرنا هنا من الايتين وبعض الاخبار وان لم يكن صريحاً في هذا العقد المخصوص الذي هو محل البحث في هذا الكتاب، الا أنه صالح لشموله وادخاله في ذلك.

اذا عرفت ذلك فالبحث في هذا الكتاب يقع في مطلبين:

الاول – في جملة من الاحكام، وفيه مسائل: **الاولى** – الظاهر أنه لاخلاف بين أصحابنا (رضوان الله عليهم) في أنه لايشترط في صحة الصلح سبق نزاع، بل لو وقع ابتداء على عين بعوض معلوم صح، وأفاد نقل كل من العوضين كما في البيع، لاطلاق الادلة الدالة على جوازه من غير تقييد بالخصومه، كالحديث النبوي المتقدم، وصحيحة حفص بن البختري المتقدمة. (٤)

وصحيحة محمد بن مسلم(٥) عن الباقر (عليه السلام) أنه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ماعندك، ولي ماعندي فقال: لابأس بذلك اذا

(١) و (٢) و (٣) في الكافي ج ٢ ص ٢٠٩ باب الاصلاح بين الناس ح ٢–٣–٤ ايضاً في الوسائل ج ١٣ ص ١٦٢ ح ١ و ٣ و ٤

(٤) ص ٨٣

(٥) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ١ و الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

تراضيا ، وصحيحة منصور بن حازم(١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) في رجلين الحديث كما في سابقه وزاد وطابت به أنفسهما .

وصحيحة الحلبي(٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) وغير واحد عن أبي عبدالله (عليه السلام) « في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح ، فقال : اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس » .

و صحيحة الحلبي(٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يعطي أقفزة من حنطة معلومة يطحنها بدراهم ، فلما فرغ الطحان من طحنه نقد الدراهم ، وقفيزاً منه وهو شيء اصطلحوا عليه فيما بينهم ، قال : لابأس به ، وان لم يكن ساعره على ذلك » الى غير ذلك من الاخبار الظاهرة في المراد .

هذا و الأصل في العقود الصحة ، للامر بالوفاء ، لايقال : انهم قد عرفوه كما قدمنا ذكره بأنه عقد شرع لقطع التجاذب ، وهو مستلزم لتقدم الخصومة ، لانا نقول : أولاً أن الظاهر أن هذا التعريف انما وقع من العامة ، و تبعهم أصحابنا فيه و لهذا ان بعض العامة شرط فيه تقدم الخصومة ، فلا تقوم به حجة في الخروج عن ظواهر الادلة المشار اليها ، و ثانياً أنه مع الاغماض عن ذلك ، فانه لايلزم من كون أصل مشروعيته لذلك أنه لايكون الا كذلك ، الاترى أنه قد ورد في وجوب العدة وأصل مشروعيتها التعليل باستبراء الرحم ، مع وجوبها في جملة من المواضع المقطوع فيها ببراءة الرحم ، كمن طلق زوجته أو مات عنها بعد مفارقته لها سنين عديدة ، ونحوه ماورد من تعليل استحباب غسل الجمعة بالتأذي من روايح الانصار اذا حضروا الجمعة ، فتأذى الناس بريح أباطهم ، فأمروا بالغسل لدفع تأذي الناس بذلك ، مع مااستفاض من استحباب الغسل وان كانت رايحته كرايحة المسك ، الى غير ذلك .

وبالجملة فان الخلاف في هذا المقام انما هو من العامة ، نعم اختلف أصحابنا في كونه عقداً برأسه أو فرعاً على غيره ، فالمشهور الاول وان أفاد في ذلك فائدة غيره

---

(١)(٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ١ و ٢

(٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٩

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١ و ص ١٦٦ ح ٣ و ص ١٦٩ ح ١ .

ومجرد افادته فائدة غيره لايستلزم فرعيته عليه .

وذهب الشيخ في المبسوط الى أنه فرع على عقود خمسة ، فجعله فرع البيع اذا أفاد نقل الملك بعوض معلوم ، وفرع الاجارة اذا وقع منفعة مقدرة بمدة معلومة بعوض معلوم ، و فرع الهبة اذا تضمن ملك العين بغير عوض ، وفرع العارية اذا تضمن اباحة منفعة بغير عوض ، و فرع الابراء اذا تضمن اسقاط دين أو بعضه .

والاصحاب ردوه بأن افادة عقد فائدة عقد آخر لا تقتضي كونه من أفراده ، مع دلالة الدليل على استقلاله بنفسه ، كغيره من العقود .

و يظهر الفرق بين القولين : أنه على المشهور عقد لازم لدخوله في عموم الامر بالوفاء بالعقود ، وعلى قول الشيخ يلحقه حكم ما ألحق به من العقود في ذلك الفرد الذى ألحق به .

أقول : لا يخفى أن ما ذهب اليه الشيخ هنا قد تبع فيه الشافعي حسبما نقل عنه ، قال في التذكرة : الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه ، ليس فرعاً على غيره ، بل أصل في نفسه ، منفرد في حكمه ، ولايتبع غيره في الاحكام ، لعدم الدليل على تبعية الغير ، والاصل في العقود الاصالة .

وقال الشافعي :انه ليس باصل منفرد بحكمه ،وانما هو فرع على غيره ، و قسمه على خمسة أضرب ، ضرب فرع البيع ، وهو أن يكون في يده عين أوفي ذمته دين فيدعيها انسان فيقر له بها ثم يصالحه على ما يتفقان عليه ، وهو جائز فرع على البيع ، بل هو بيع عنده ، يتعلق به أحكامه .

وضرب هو فرع الابراء والحطيطة ، وهوأن يكون له في ذمته دين فيقر له به ثم يصالحه على أن يسقط بعضه ، ويدفع اليه بعضه وهو جائز وهو فرع الابراء .

و ضرب هو فرع الاجارة ، وهو أن يكون له عنده دين أو عين فصالحه عن ذلك على خدمة عبد أو سكنى دارفيجوزذلك ويكون فرع الاجارة .

وضرب هو فرع الهبة ، وهو أن يدعى عليه دارين أو عبدين وشبههما فيقر له بهماويصالحهمن ذلك على احديهما ، ويكون هبة للاخرى .

وضرب هو فرع العارية ، وهو أن يكون في يده دار فيقر له بها ويصالحه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

على سكناها شهراً وهو جائز ويكون ذلك عارية . انتهى .

والعجب من دعوى العلامة هنا الاجماع من أصحابنا أجمع أنه عقد قائم بنفسه ، ليس فرعاً على غيره ، مع ماعرفت من تصريح الشيخ بما نقله عن الشافعي من الفرعية من المواضع الخمسة ، واشتهار النقل عنه في كتب الاصحاب ، ومنهم هو (قدس سره) في المختلف ، حيث نسب فيه القول بالاصالة الى المشهور ، ونقل عن الشيخ في المبسوط أنه فرع لغيره .

وكيف كان فهذا القول بمحل من الضعف والقصور ، فالاعتماد على القول المشهور ،لعدم الدليل على هذه الدعوى ، فان الاصل في جميع العقود من صلح وغيره هو كون ذلك العقد أصلا برأسه ، وجعله في حكم غيره أوفرعيته عليه فيلحقه أحكام غيره يحتاج الى دليل واضح .

ومن هنا أنكر المحقق الاردبيلي (رحمه‌الله) كون قول الشيخ في المبسوط بذلك مذهباً له ، وانما هو نقل لقول العامة ، واستند في ذلك الى دعوى الاجماع في التذكرة ، وهو عجيب منه (قدس سره) وكأنه لم يلاحظ كتاب المبسوط في هذا المقام ، فان عبارته صريحة في كونه مذهبه ، حيث قال بعد ذكر الادلة الدالة على مشروعية الصلح من الايات والروايات : ماصورته فاذا ثبت هذا فالصلح ليس بأصل في نفسه ، وانما هو فرع لغيره ، وهو على خمسة أضرب ، أحدها فرع البيع ، وثانيها فرع الابراء ، ثم ساق الكلام في هذه الخمسة الى أن قال : اذا ورث رجلان من مورثهما مالا فصالح أحدهما صاحبه على نصيبه من الميراث بشيء يدفعه اليه ، فان هذا الصلح فرع البيع يعتبر فيه شرائط البيع ، فما جاز في البيع جاز فيه ، ومالم يجز فيه لم يجز فيه، الا أنه يصلح بلفظ الصلح، ومن شرط صحة البيع أن يكون معلوماً ، ثم ذكر جملة من شروط البيع وأحكامه ، ومنها خيار المجلس الا أنه قال في آخر الكلام ، ويقوى في نفسي أن يكون هذا الصلح أصلا بنفسه ، ولايكون فرع البيع ، فلايحتاج الى شروط البيع ، واعتبار خيار المجلس على ما بيناه فيمامضى ، ثم ساق الكلام في باقي الاقسام ، وكلامه (قدس سره) ظاهر بل صريح في كون ذلك مذهباً له ، لانقلا لمذهب العامة كما توهمه المحقق المذكور .

لكنه كما ترى قدصرح بالرجوع عن ذلك في صورة الفرعية على البيع ، وقال : بأن الاقوى عنده أنه أصل برأسه في هذه الصورة ، مع اشتهار النقل عنه في كتب الاصحاب بالفرعية في البيع و غيره ، كمالايخفى على من وقف على كلامهم ، و كأنهم لم يراجعوا الكتاب المذكور ، واعتمدوا في ذلك على نقل بعضهم عن بعض ، والافان العبارة كما ترى صريحة في العدول عن مذهبه في هذه الصورة بخصوصها ، فينبغي المراجعة في أمثال هذه المقامات ، وعدم الاعتماد على النقول ، وان كانت من مثل هؤلاء الفحول ، والمعصوم من عصمه الله تعالى فيما يفعل ويقول . والله العالم .

المسئلة الثانية ــ قدصرح الاصحاب (رضوان الله عليهم) بصحة الصلح مع الاقرار والانكار ، الا ما أحل حراما أوحرم حلالا .

أقول : أما الحكم الاول فلاخلاف فيه عندهم ، قال في التذكرة : يصح الصلح على الاقرار والانكار معاً سواء كان المدعى به ديناً أوعيناً عند علمائنا أجمع ، وبه قال أبوحنيفة و احمد انتهى .

وقال في المسالك ــ بعد قول المصنف يصح مع الاقرار والانكار ــ هذا عندنا موضع وفاق .

ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منعه مع الانكار ، نظراً الى أنه عاوض على مالم يثبت له ، فلاتصح المعاوضة ، كما لو باع مال غيره ، و نحن نمنع بطلان المعاوضه على مالم يثبت بالصلح ، فانه عين المتنازع ، والفرق بينه وبين البيع ظاهر ، فان ذلك تصرف في مال الغير بغير اذنه ، بخلافه هنا ، ولان معنى شرعيته عندنا وعنده على قطع التنازع وهوشامل للحالين . انتهى .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن صحة الصلح مع الاقرار والاعتراف بالمدعى مما لااشكال فيها لمعلوميته عند صاحبه : ولافرق بين أن يصالح عنه بأقل ، اوا كثر أو ما ساواه ، للمعلومية في الجميع ، وحصول التراضي من الطرفين .

انما الاشكال في صورة الانكار بأن يدعي شخص على غيره ديناً أوعيناً فينكر المدعى عليه ، فتقع المصالحة بينهما اما بمال آخر ، أوببعض المدعى أوغيرذلك من منفعة وغيرها ، فانه باعتبار الانكار ، واختلاف الخصمين في ذلك نفياً واثباتا يحتمل أن

يكون المدعي محقا : والمدعى عليه مبطلا في انكاره ، وأنه مشغول الذمه في الواقع، فالصلح هنا وان أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر ـ و عدم صحة الدعوى بعد ذلك ، لصحته بحسب الظاهر ـ الا أنه لايفيد براءة ذمة المدعى عليه مما يزيد على مال الصلح ، فيما لوفرض أنه صالحه على أقل مما في ذمته في الواقع ، أو بعض العين أو المال الاخر، بل يبقى مشغول الذمة بالباقي وانما تبرء ذمته بقدر مادفعه خاصة .

وتدل على ذلك صحيحة عمر بن يزيد (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : اذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات ، ثم صالح ورثته على شيء ، فالذى أخذته الورثة لهم، وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الاخرة ، وان هو لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو للميت يأخذه به» .

حتى أنه لو كانت الدعوى على عين في يده وصالح عنها بأقل من قيمتها فالعين بأجمعها فـي يده مغصوبة ، و لايستثنى له منها مقدار مادفـع ، لعدم صحة المعاوضة فـي نفس الامـر . و يحتمل أن يكـون المدعـى مبطلا والمدعـى عليه محقاً فـي انكاره ، و أنه برىء الذمة فـي الواقع ، فان الصلح وان صح ظاهراً ، لكنه لايصح بحسب الواقـع ، ولايستبيح للمدعى ما دفـع اليه من مال الصلح ، لانه أكـل مال بالباطل ، والمدعـى عليه انما دفعه اليه افتداء مـن هذه الدعـوى الكاذبـة ، أو خـوف الضرر على نفسه و مالـه لولم يفعل ، و مثل هـذا لايعد عن تراض يحصل به الاباحة .

نعم لو كانت الدعوى مستندة الى شبهة وقرينة تخرج بها عن الكذب المحض، كما لو وجد المدعي بخط مورثه أن له على فـلان مالا او شهد له من لايثبت الحق بشهادته شرعاً ولم يكن المدعى عالماً بالحال ، وانما ادعى بناء على هذا الفرض ، وتوجهت له اليمين على المدعى ، فصالحه على اسقاط اليمين بمال أو قطع المنازعة، فالظاهر هنا صحة الصلح فـي نفس الامر ، واستحقاق ما يأخـذه مـن مال الصلح ، وبذلك صرح شيخنا الشهيد الثاني في المسالك أيضاً .

وبالجملة فالحكم بالصحة في صورة الانكار مرادبها ما هـو أعم من الصحة

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٨ ح ١١ـ الوسائل ج ١٣ ص ١٦٦ ح ٤

بحسب ظاهر الشرع دون نفس الامر تارة كما عرفت ، ومن الصحة ظاهراً وواقعاً فيما اذا حصل الصلح على مقدار ما في الذمة ، كما في الصورة الاولى(١) .

وأما الحكم الثاني وهو قولهم « الا ما أحل حراماً أو حرم حلالا » فهو عين ماصرح به الحديث النبوى المتقدم ، وفسر الاصحاب تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع لاسبب لاباحته الا الصلح ، أو يشربا أو أحدهما الخمر و نحو ذلك .

وبالجملة مايكون محرماً في حد ذاته ، ويراد تحليله واباحته بالصلح ، وتحريم الحلال بأن لايطأ أحدهما حليلته أو لاينتفع بماله ، أو نحو ذلك مما هو حلال له في حد ذاته ، وانما يراد تحريمه بالصلح .

وعلى هذا فالاستثناء متصل ، لان الصلح على هذا باطل ظاهراً وواقعاً ، وربما فسر بصلح المنكر على بعض المدعى أو منفعته أو بدله مع كون أحدهما عالماً ببطلان الدعوى : كما تقدم بيانه ، وعلى هذا يكون الاستثناء منقطعاً ، لما عرفت من الحكم بصحة الصلح هنا ظاهراً ، و انما بطلانه بحسب الواقع ونفس الامر ، والحكم بالصحة ، والبطلان انما يتوجه الى الظاهر ، فلا يصح أن يكون الاستثناء متصلاً ، ويحتمل كونه متصلاً بالنظر الى الواقع ، وهذا المثال يصلح للأمرين معاً فانه محل للحرام بالنسبة الى الكاذب(٢) ومحرم للحلال بالنسبة الى المحق . والله العالم .

المسألة الثالثة ــ قد صرح جملة من الاصحاب (رضوان الله عليهم) بأنه يصح الصلح مع العلم بالمتنازع فيه وجهله ، ديناً كان أو عيناً ، وماذكروه من الصلح مع العلم فلا ريب في صحته ، لارتفاع الجهالة ، وحصول التراضي ، وان كان يبقى الكلام في المبطل منهما باعتبار الاستحقاق واقعاً و عدمه ، فيجرى فيه ما تقدم في سابق هذه المسألة .

---

(١) وهي احتمال ان يكون المدعي محقاً والمدعى عليه مبطلا في انكاره . منه رحمه الله

(٢) فان الكاذب أخذ ما لايستحقه واقعاً بهذا الصلح وصار حلالا له بحسب الظاهر من هذا الصلح ما لايستحقه واقعاً من المال الذى يدعيه . منه رحمه الله .

واما مع الجهل فيحتمل أن يكون مرادهم به كما ذكره جملة من المتأخرين ما كان ناشئاً عن عدم امكان العلم ، بحيث يتعذر عليهما استعلامه ، لامطلقاً للزوم الغرر المنهي عنه شرعاً ، وللوالدي العلامة (قدس سره وروحه ونور ضريحه) في هذا المقام تفصيل حسن ، يحسن ذكره وان طال به زمام الكلام ، فانه من أهم المهام ، قال (عطر الله مرقده وأعلى في جوار أئمته صلوات الله عليهم مقعده) بعد كلام في المقام : اذا عرفت هذا فنقول الصلح اما ان يقع على معلوم عند المتصالحين أو مجهول عندهما ، أو معلوم عند أحدهما ومجهول عند الاخر .

وعلى الثاني فاما أن يتعذر معرفته مطلقاً ، أو في الحال فقط مع امكان معرفته في وقت آخر . أو يمكن معرفته مطلقاً .

وعلى الثالث فالعالم فيه اما أن يكون هو المستحق ، أو من عليه الحق ، فان كان الاول فاما أن يقع الصلح بأكثر من حقه أو لا ، فان كان الثاني فاما أن يعلم الغريم المستحق بمقدار حقه أو لا ، ومع عدم اعلامه فاما أن يصالحه بأقل من حقه أو لا فهذه تسع صور :

الاولى ــ أن يكون المدعى معلوماً عند كل من المتصالحين ، والحكم فيه بالصحة واضح ، لارتفاع الجهالة و الغرر فيه ، ولا فرق بين كون المدعى عيناً أو ديناً ، وكون الصلح بمقدار مال المدعى من الحق أو أقل منه أو أكثر ، مع حصول الرضا الباطني من كل منهما لصحة المعاوضة ظاهراً وباطناً .

الثانية ــ أن يكون مجهولا عندهما وكان مما يتعذر معرفته والاحاطة به منهما مطلقاً عيناً كان أو ديناً كوارث يتعذر العلم بحصته ، ودين غير معلوم الجنس أو الكم ، وقفيز من دقيق حنطة أو شعير ممتزج ، وكصبرة من طعام أتلفها شخص على آخر ، ولم يعلما بقدرها ، ففي هذه كلها يصح الصلح ظاهراً وفي نفس الامر ويفيد نقل الملك وابراء الذمة ، و ان كان على المجهول كما صرح به الاصحاب (رضوان الله عليهم) .

بل ظاهر عبارة الشهيد الثاني في المسالك الاجماع على جوازه ، وذلك لان ابراء الذمة أمر مطلوب ، والحاجة اليه ماسّة ، ولا طريق اليه الا هذا الصلح

ويدل على صحته أيضاً عموم الاية كقوله تعالى(١) « والصلح خير » والاخبار كقوله صلى الله عليه وآله(٢) « والصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً أوحرم حلالاً » .

وقول الصادق (عليه السلام) في حسنة حفص بن البختري (٣) « الصلح جائز بين الناس » .

وخصوص صحيحة محمد بن مسلم(٤) عن الباقر (عليه السلام) ، وصفوان عن منصور بن حازم عن أبي عبدالله (عليه السلام) « انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد كم له عند صاحبه ، فقال كل واحد منهما لصاحبه : لك ماعندك ولي ماعندي ، فقال : لابأس بذلك اذا تراضيا » .

فان الظاهر من الروايات عدم امكان العلم و المعرفة بقدر ذلك الطعام من كل منهما كما هو واضح .

الثالثة ــ أن يكون مجهولاً عندهما ولكن لايتعذر العلم به ، بل يمكن معرفته مطلقاً ، فهذا لايصلح الصلح عليه قبل العلم به على الاظهر ، لحصول الجهل فيه والغرر الموجب للضرر بالزيادة والنقيصة مع امكان التحرز عنه ، بل لابد من العلم به أولاً بالكيل في المكيل ، والوزن في الموزون ، والعد في المعدود والذرع في المذروع ، فلو صالحه على صبرة من طعام من غير كيل ولا وزن لم يصح كما قد سبق ، لان الاستعلام فيه ممكن .

وكذا ظرف البر والارز ، ووعاء التمر ونحوه لا يصلح عليه الا بعد معرفة كيله أو وزنه مثلاً ، ومن هذا القبيل الصلح على نصيب شخص من عين أو ميراث مع جهلهما به وامكان العلم بقدره وتعيينه بعد الملاحظة والمراجعة ، وان كان في الحال ، فان الصلح و الحال هذه غير صحيح لا ظاهراً ولا باطناً ، ولا يفيد تمليكاً

(١) سورة النساء الاية ١٢٨
(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢١ ح ١
(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٥
(٤) التهذيب ج٦ ص ٢٠٦ ح١ ــ الفقيه ج ٣ ص ٢١ وذيل رواية منصور وطابت به أنفسهما ح ٢،وهذه الروايات في الوسائل ج١٣ ص١٦٤ ح٢ و ١ وص١٦٥ ح١

ولا ابراءً ، وعموم الاية والاخبار الدالة على جواز الصلح بين المسلمين مخصص بما لاغرر فيه ولاجهالة ، للنهي عن ذلك في الخبر كما عرفته .

الرابعة ـ أن يكون مجهولا عندهما ، والعلم به ممكن في الجملة ، لكنه متعذر لعدم الميزان والمكيال في الحال ، ومساس الحاجة الى الانتقال ، وقد استقرب جمع من الاصحاب منهم الشهيد (قدس سره) في الدروس والشيخ المقداد في التنقيح والشهيد الثاني في المسالك صحة الصلح ، والحال هذه ، ووجهه تعذر العلم به في الحال مع اقتضاء الضرورة ، ومساس الحاجة لوقوعه ، والتضرر بتأخيره وانحصار الطريق في نقله فيه مع تناول عموم الاية ، والاخبار السالفة .

ومن هذا القبيل أيضاً الصلح على نصيب شخص من ميراث أو عين يتعذر العلم بقدره في الحال ، مع امكان الرجوع في وقت آخر الى فرضي أو عالم به مع مسيس الحاجة الى نقل النصيب في الحال .

الخامسة ـ أن يكون مجهولا عند المستحق ومعلوماً عند الاخر ، وهو من عليه الحق ولم يعلمه بقدره ، وصالحه بأقل من حقه ، وذلك كتركة موجودة يعلمها الذي هو في يده ويجهلها الاخر ، و كذا كل من له نصيب من ميراث أو غيره لايعلم به ، ويعلم به خصمه اذا صالحه بأقل منه من غير اعلامه ، سواء كان من عليه الحق منكراً ظاهراً أو مقراً بمقدار ما صالح به أو أقل منه ، فان الصلح حينئذ غير صحيح ، والمعاوضة في نفس الامر باطلة ، والواجب عليه اعلام صاحب الحق ، فان رضي بالصلح بالاقل ، والا وجب ايصال حقه اليه بتمامه ، فأما الصلح قبل الاعلام فهو حرام ، لا يثمر تمليكاً ـ لو كان المدعى عيناً ـ ولا ابراءً من الباقي لو كان ديناً حتى لو صالح على العين بمال آخر فهي بأجمعها في يده مغصوبة ، ولا يستثنى له مقدار مادفع ، لعدم صحة المعاوضة في نفس الامر .

والذي يدل على عدم صحة هذا الصلح وجوازه ـ مضافاً الى مافيه من الغرر والخدع المنهي عنه وكونه من قبيل الصلح الذي احل حراماً وحرم حلالا ـ ما رواه علي بن أبي حمزة (١) «قال : قلت لابي الحسن «عليه السلام» : رجل يهودي

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ٣ ـ الوسائل ج ١٣ ص ١٦٦ ح ٢

او نصرانى كانت له عندى أربعة آلاف درهم فمات ، أيجوز لى ان أصالح ورثته ولاأعلمهم كم كان ؟ قال : لايجوز حتى تخبرهم» ونحوها صحيحة عمر بن يزيد(١) عن أبى عبدالله (عليه السلام) « قال : اذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء : فالذى أخذته الورثة لهم ، وما بقى فهو للميت يستوفيه منه فى الاخرة الحديث» وموثقته (٢) أيضا «قال : سألت أباعبدالله (عليه السلام) عن رجل ضمن على رجل ضماناً ثم صالح عليه قال : ليس له الا الذى صالح عليه» نعم هذا الصلح مع فساده وعدم صحته فى نفس الامر، هو صحيح بحسب ظاهر الشرع، كما صرح به جماعة من الاصحاب ، منهم الشيخ على بن عبدالعالى فى شرح القواعد، و الشهيد الثانى فى شرح الشرايع ، فيحكم به على كل واحد منهما ، و لايجوز لهما الخروج عن مقتضاه ظاهراً ، لعدم العلم بكون من عليه الحق مبطلا فى صلحه خادعاً فيه ، واحتمال كونه محقا فيكون حاله مشتبها ، فلايكون صلحه باطلا فى الظاهر ـ وان كان على مجهول .

نعم لو انكشف أمره ظاهراً بعد الصلح ، بحيث علم مقدار المدعى ، أوزيادته على ما صالح عليه ، أو اعترف هو بذلك اتجه بطلان الصلح حينئذ ظاهراً أيضاً ، و وجب عليه تسليم المدعى ظاهراً لظهور شغل ذمته ، و بطلان المعاوضة ظاهراً وباطناً ، هذا اذا لم يكن من له الحق قد رضى باطناً بالصلح بالاقل ، أما لو رضى به باطناً كان الصلح صحيحاً فى نفس الامر حينئذ كما قطع به العلامة (قدس سره) فى التذكرة ، وحينئذ فلايجوز له أخذ مازاد عن مال الصلح ، وان علم الزيادة لحصول الرضا منه باطنا بذلك الاقل عوضاً عن حقه ، وان كثر فيكون العبرة فى اباحة الباقى بالرضا الباطن ،لا بالصلح .

ويمكن أن يستدل عليه بصحيحة الحلبى (٣) عن أبى عبدالله (عليه السلام) « فى الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال: اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلابأس»

---

(١) و (٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٨ ح ١١ و ص ٢١٠ ح ٧ .
وهما فى الكافى ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٦ و ٧ و ٨ .
(٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ٢ .
وهذه الروايات فى الوسائل ج١٣ ص١٦٦ ح٤ و ص١٥٢ ح١ و ص١٦٦ ح٣ .

فهي دالة باطلاقها الشامل لذلك كما هو ظاهر .

السادسة ـ ان يكون مجهولا عند المستحق معلوماً عند من عليه الحق ، ولم يعلم قدره لكن صالحه بمقدار حقه أو اكثر ، وقد صرح جمع من الاصحاب منهم الشهيد الثاني في شرح الشرايع بصحة الصلح حينئذ ، وان كان على مجهول ، لانتفاء الغرر والخدع فيه ، مع أن العبرة بوصول حقه اليه لا بالصلح ، وأما اشتراط الاعلام في صحة الصلح كما في خبر علي ابن أبي حمزة السالف فالظاهر أنه مخصوص بما اذا أريد الصلح بالاقل ، لانه مظنة الغرر والخدع ، فمع وقوع الاعلام بقدره ينتفي الغرر والخدع رأساً أما مع المصالحة بتمام الحق أو أكثر منه فلا خدع فيه قطعاً ، فلا يجب فيه الاعلام مع دخوله في عموم الادلة الدالة على جواز الصلح بين المسلمين.

السابعة ـ أن يكون مجهولا عند المستحق معلوماً عند من عليه الحـق ، و لكن أعلمه بقدره ولاشك في جواز الصلح وصحته حينئذ ، سواء صالحه بمقدار حقه أو بأقل مع الرضا به لحصول العلم وارتفاع الجهالة وحصول الرضا ، وعموم ، ادلة جواز الصلح . والله العالم .

الثامنة : أن يكون معلوماً عند المستحق مجهولا عند الاخر فصالحه بأكثر من حقه الذى له في الواقع ، لقصد التخلص من دعـواه لم يصح هذا الصلح فـي نفس الامـر ، ولم يستبح به مازاد عن حقه الذى له في الواقع ، لبطلان المعاوضة في نفس الامر ، وان كانت صحيحة بحسب ظاهر الشرع ، كما سبق نظيره ، فالظاهر أن ذلك باطل مع عدم الرضا الباطني من الغريم ، لكونه حينئذ من قبيل أكل المال بالباطل ، أما مع رضاه بالصلح كذلك باطناً فالظاهر صحة الصلح حينئذ ، واباحة ذلك للزايد عن حقـه لطيب نفسه به ، والظاهر أن العبرة حينئذ في اباحة ذلك الزايد بالرضا به ، لا بالصلح كما سبق مثله .

التاسعة ـ الصورة بحالها ولكن صالحه بقدر حقه أو أنقص ، ولاشك في صحة الصلح فيها ظاهراً وباطناً . والله العالم . انتهى كلامه علت في الخلد أقدامه ، ورفع فيها مقامه .

أقول : ماذكره (قدس سره) من هـذه الصور التسع بالتقريبات التي ذيلها

بها ظاهر ، الا أن ما ذكره في الصورة الثالثة مما يمكن تطرق المناقشة اليه ، فان مرجع استدلاله الى تخصيص عمومي الاية والاخبار ـ الدالة على صحة الصلح في مثل هذه الصورة ـ بالاخبار الدالة على النهي عما يشتمل على الغرر والجهالة في المعاوضة .

والتحقيق أن يقال : لاريب أن هنا عمومين قد تعارضا ، و هما عموم أخبار الصلح الدال على دخول مثل هذه الصورة ، وعموم أخبار النهي عن الغرر والجهالة الشامل للصلح وغيره من المعاوضات ، وليس تخصيص عموم أخبار الصلح ـ بعموم أخبار النهي عن الغرر ليتم ماذكره ـ بأولى من تخصيص عموم أخبار النهي عن الغرر والجهاله بأخبار الصلح ، فيقال : حينئذ بصحة الصلح في هذه الصورة وان استلزم الغرر والجهالة كما أن ذلك حاصل في الصورة الثانية والرابعة ، ولابد لترجيح أحدهما على الاخر من دليل ، ويمكن ترجيح الثاني بظهور عموم أخبار الصلح مع تكاثرها وتعددها على وجه يشمل الصورة المذكورة ، بخلاف ما دل على النهي عن الغرر والمجهول ، فانا لم نقف فيه على رواية صريحة ، وان تكرر دورانه في كلامهم ، وتداول على رؤوس أقلامهم .

وقد تقدم في كتاب البيع قول جملة من الاصحاب بصحة بيع المجهول في جملة من المواضع ، ودلت جملة من الاخبار على الصحة أيضاً في مواضع ، و قد حققنا البحث ثمة على وجه يظهر منه أنه ليس ذلك بقاعدة كلية ، ولاضابطة جلية كما ادعاه جملة منهم ، وبذلك يظهر لك أن الاظهر هنا هو ترجيح عموم أخبار الصلح وابقائها على عمومها ، والتخصيص فيما دل على النهي عن الغرر والمجهول ، فانه اذا ثبت صحة العقد مع الجهل والغرر في البيع الذي هو أكثر شروطاً وأضيق مدخلاً ثبت في الصلح بطريق اولى ، لانه موضوع على المسامحة والمساهلة ، ولان العمدة فيه كما هو المفهوم من أخباره هو التراضي من الطرفين ، اما ظاهراً وباطناً . فيصح حينئذ كذلك اوظاهراً خاصة فتختص الصحة بالظاهر ، والتراضي في موضع النزاع حاصل ظاهراً و باطناً .

ويؤيد ما قلناه ما هوظاهر من كلام جملة من متقدمي المتأخرين كالمحقق والعلامة وغيرهما من الحكم بصحة الصلح مع العلم والجهل مطلقا ، كما قدمناه

في صدر المسئلة .

قال في التذكرة : لايشترط العلم بما يقع الصلح عنه لاقدراً ولاجنساً ، بل يصح سواء علما قدر ماتنازعا عليه وجنسه أو جهلاه ، ديناً كان أو عيناً ، وسواء كان ارثاً أو غيره عند علمائنا أجمع ، ثم استدل بالادلة العامة من آية ورواية على صحته مع الجهل ، ولم يفصل في أثناء كلامه بين ما يمكن استعلامه وما لايمكن ، وهو ظاهر فيما قلناه .

والاظهر منه ماصرح به المحقق الاردبيلي (قدس سره) في شرح الارشار حيث قال في هذا المقام : ولابد أن يكون معلوماً ليندفع الغرر ، ولكن الظاهر أنه يكفي العلم به في الجملة . امابوصفه أو بمشاهدته ، ولايحتاج الى الكيل والوزن ومعرفة أجزاء الكرباس والقماش والثياب ، وذوق المذوقات وغير ذلك مما يعتبر في البيع ونحوه ، للاصل وعدم دليل واضح على ذلك ، وعموم أدلة الصلح المتقدم ، ولان الصلح شرع للسهولة والارفاق بالناس ليسهل ابراء ذمتهم ، فلا يناسبه الضيق ولانه مبني على المسامحة والمساهلة ، واليه أشار بقوله ويكفي المشاهدة في الموزون وان خالف فيه البعض .

قال في الدروس : والاصح أنه يشترط العلم في الموضعين اذا أمكن ، وقال في موضع آخر : ولو تعذر العلم بما صولح عليه جاز ، الى قوله : و لو كان تعذر العلم لعدم المكيال والميزان في الحال ومساس الحاجة الى الانتقال ، فالاقرب الجواز وهو مختار شارح الشرايع أيضاً ، ولانعرف له دليلاً ، وماتقدم ينفيه ، ويؤيده التجويز عند التعذر ، فان ذلك لايجوز في البيع عندهم ، فتأمل ، انتهى . ثم أمر بالاحتياط و هو كما ترى أظهر ظاهر فيما ادعيناه مؤيد لما قدمناه .

وبالجملة فالظاهر هو الصحة في الصورة المذكورة لما عرفت ، والاحتياط لايخفى ، والله العالم .

المسئلة الرابعة ــ لايخفى أن أركان الصلح أربعة ، المتصالحان ، و المصالح عليه ، وهو مال الصلح ، والمصالح عنه ، وهو المتنازع فيه لو كان ثمة نزاع .

أما المتصالحان فانه لا خلاف كما نقله في التذكرة في أنه يشترط فيهما

الكمال، بأن يكون كل واحد منهما بالغاً عاقلاً جائز التصرف فيما وقع الصلح عليه.

وأما المصالح عليه فانه يشترط فيه صحة التملك، فلو كان خمراً أو خنزيراً أو استرقاق حر أو اباحة بضع محرم قبل ذلك لم يصح، لما تقدم في الحديث النبوي وكما لا يقع هذه الاشياء مالا للصلح لا يقع مصالحاً عنه، والجميع محرم بما تقدم من النص النبوي.

ومن شرائطه العلم بما يقع الصلح عنه عند بعض كالشهيدين في الدروس والمسالك، وقد تقدم الكلام فيه.

ومن شروطه رضا المتصالحين، فلا يقع مع الاكراه اجماعاً، كغيره من العقود ولقوله عز وجل(١) «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم» فما لم يكن عن التراضي فانه أكل مال بالباطل، ومن صور الاكراه ما لو كان له على غيره حق مالي فأنكره المديون، فصالحه المالك على بعضه، توصلاً الى أخذ بعض حقه، فانه وان صح الصلح ظاهراً الا أنه لا يصح واقعاً، ولا تحصل به براءة ذمة المديون من الحق الباقي في ذمته، سواء عرف المالك قدر الحق أم لا، وسواء ابتدء المالك بطلب الصلح أم لا، وقد تقدم تحقيق ذلك في الصور المتقدمة في سابق هذه المسئلة.

ومتى استكملت شروطه صار لازماً من الطرفين عملاً بعموم أدلة الوفاء بالعقود المقتضي لذلك الا ما خرج بدليل من خارج، ويجيء على قول الشيخ الجواز في بعض موارده، كما اذا كان فرع العارية التي هي جائزة، والهبة على بعض الوجوه وقد عرفت ضعفه، نعم لو اتفقا على فسخه بمعنى الاقالة من ذلك العقد كما في البيع وأوقعا صيغة التقايل انفسخ.

المسئلة الخامسة ـ اذا وقع الصلح بين شريكين على أن يكون الربح والخسران على أحدهما، وللاخر رأس ماله صح، والاصل في هذا الحكم مارواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن الحلبي(٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) «في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه، وكان من المال دين وعليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه:

---

(١) سورة النساء الاية ٢٩ (٢) الكافي ج٥ ص٢٥٨ ح١ ـ التهذيب ج٦ ص٢٠٧ ح٧ ـ الفقيه ج٣ ص١٦٦ ح٧ ـ الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١ .

أعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى ، فقال : لابأس اذا اشترطا ، فاذا كان شرط يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد الى كتاب الله عز وجل، ورواه في الفقيه والتهذيب ، الا أنه قال : « وكان من المال دين وعين » ، ولم يقل وعليهما دين ورواه في التهذيب بسند آخر عن الحلبي(١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) مثله ، الا أنه قال : « وكان المال ديناً » ولم يذكر العين ولا عليهما دين ، ورواه في التهذيب أيضاً بسند آخر عن داود الابزارى (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) مثله ، الا أنه قال : « وكان المال عيناً وديناً » ، قال في المسالك بعد قول المصنف (قدس الله روحهما) نحو ماقدمنا من العبارة المذكورة ما هذا لفظه : هذا اذا كان عند انتهاء الشركة وارادة فسخها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبه والخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء ، أما قبله فلا لمنافاته وضع الشركة شرعاً والمستند صحيحة أبي الصباح ، ثم ساق الرواية المذكورة الى أن قال : وهذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء ، لا كما أطلقه المصنف . انتهى .

أقول : وقد تقدمه في ذلك المحقق الشيخ علي في شرح القواعد ، فانه قيد اطلاق عبارة المصنف فقال بعد ذكرها هذا اذا انتهت الشركة وأريد فسخها، وللمناقشة في ذلك مجال ، فانه لايخفى أنه وان كان هذا الشرط مما ينافي الشركة الا أن هذا شأن اكثر الشروط ، فان مقتضى عقد البيع اللزوم من الطرفين ، فلايجوز لاحدهما فسخه بغير سبب موجب ، مع أنه يصح لاحدهما اشتراط خيار الفسخ بلاخلاف ، ولاريب أنه مناف لمقتضى العقد الذى هو اللزوم من الطرفين (٣) ودعوى أن في

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥ ح ٢٤، الوسائل ج ١٢ ص ٣٥٣ ح ٤ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٦ ح ٩، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١ .

(٣) قال في الدروس : لواصطلح الشريكان عند ارادة الفسخ جاز أن يأخذ أحدهما رأس ماله ، والاخر الباقي ربح أوتوى للرواية الصحيحة ولوجعل ذلك في ابتداء الشركة ، فالاقرب المنع، لمنافاته موضوعها والرواية لم تدل عليه . انتهى ، أقول فيه ما عرفت في الاصل من ثبوته بالاخبار الدالة على وجوب الوفاء بها وان نافى موضوع الشركة فانه بمنزلة الاستثناء فيه كما عرفت من مثال خيار الفسخ في البيع المنافي لمقتضى البيع وهو اللزوم من الطرفين وقد تقدم في كتاب البيع ما يشير الى ما ذكرناه ايضاً . منه رحمه الله .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الرواية اشعار بما شرطه من ان ذلك القول عند انتهاء الشركة ، وارادة فسخها ـ ممنوع فان غاية ماتدل عليه كون هذا الشرط وقع بعد الشركة والعمل بالمال المشترك ، حتى صار بعضه أو كله دينا ، وهذا لايلزم منه ارادة الفسخ ، وأنه آخر الشركة ، بل يمكن أن يكون هذا الكلام وقع في الاثناء بأنهم لما اشتركوا على العمل بذلك المال بمقتضى الشركة من كون الزيادة للجميع ، و النقص على الجميع ، اشترط بعضهم هذا الشرط في الاثناء واستمروا على الشركة بهذا الشرط ،ولعل في قوله (عليه السلام) «لابأس اذا اشترطا» ما يشير اليه ، بمعنى أنه لابأس بالشركة على هذا الوجه ، فيستمران على العمل بالشركة على هذا الوجه الذى اشترط ، والا فلو كان المراد انما هو ماذكره من أن هذا القول عند انتهاء الشركة وارادة فسخها ، فانه لاوجه للتعبير بالشرط ، بل كان ينبغي أن يقول لابأس اذا تراضيا بذلك ، فان لفظ الشرط انما يناسب استمرار العقد ، بأن يكون العقد باقيا بهذا الشرط ، لاانقطاعه وتمامه كما لايخفى . و بذلك يظهر صحة اطلاق من أطلق في العبارات المذكورة والله العالم .

المسئلة السادسة ـ قد ذكر الاصحاب (رضوان الله عليهم) في هذا الكتاب أحكاماً لاأعرف لذكرها فيه وجهاً ، لعدم صدق العنوان فيها ، وانما ذكرتها تبعاً لهم في المقام .

منها أنه لوكان معهما درهمان فادعاهما أحدهما ، وادعى الاخر أحدهما كان لمدعيهما معاً درهم ونصف ، وللاخر نصف درهم ،

ويدل على ذلك مارواه الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب عن عبدالله بن المغيرة(١) عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبدالله(عليه السلام) في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما : الدرهمان لي ، وقال الاخر : هما بيني وبينك فقال : اما الذى قال:هما بيني وبينك فقداقر بان احد الدرهمين ليس له وانه لصاحبه ويقسم الاخر بينهما.

وما رواه الشيخ في التهذيب بسنده عن محمد بن أبي حمزة (٢) عمن ذكره

(١) الفقيه ج٣ ص ٢٢ ح ٨ ـ التهذيب ج ٦ ص ٢٠٨ ح ١٢
(٢) المصدر ص ٢٩٢ ح ١٦ وهما في الوسائل ج ١٣ ص ١٦٩ : الباب ٩

عن أبي عبدالله (عليه‌السلام) مثله بأدنى تفاوت ، والمراد بكون الدرهمين معهما كما تضمنه الخبران هو كونهما تحت يديهما معا ، ليتساويا في الدعوى ، فلو كانا في يد مدعي الدرهمين لقدّم قوله فيهما بيمينه ، ولو كانا في يد مدعي الدرهم لقدم قوله فيه بيمينه وأما اذا كانا في يديهما معاً فالحكم ماذكره (عليه‌السلام) .

والوجه في أحد الدرهمين واضح ، لان مدعي الدرهم قد اعترف لصاحبه بأنه لا يستحق من الدرهم الثاني شيئا ، وانما يبقى النزاع بينهما في درهم ، وكل منهما يدعيه ، وقد حكم عليه‌السلام بالقسمة بينهما أيضا ، وحينئذ فلمدعي الدرهمين درهم ونصف ، أما الدرهم فلاعتراف صاحبه له به ، وأما النصف من الدرهم الثاني فمن حيث حكمه (عليه‌السلام) في الدعوى على هذه الكيفية بالقسمة انصافاً .

ويستفاد منه كون الحكم كذلك في كل عين ادعاها اثنان مع اثبات يديهما عليهما ولا بينة ، أو يكون لكل منهما بينة ، الا أنه لا رجحان لاحديهما على الاخرى وظاهر الرواية المذكورة وكذا كلام جملة ممن ذكر المسئلة هو أن الدرهم يقسم بينهما انصافاً من غير يمين .

والمفهوم من كلام جملة من المتأخرين أنه لا بد من أن يحلف أولاً كل منهما للاخر على استحقاق النصف ، ومن نكل من أحدهما قضى به للاخر ، ولو نكلا معاً أو حلفا قسم بينهما نصفين ، بل صرح بذلك في التذكرة فقال : لو كان في يد شخصين درهمان فادعا هما أحدهما وادعى الآخر واحداً منهما اعطى مدعيهما معاً درهماً وكان الاخر(١) بينهما نصفين ، لان مدعي أحدهما غير منازع في الدرهم الاخر فيحكم به لمدعيهما ، وقد تساويا في دعوى أحدهما يداً ودعوىً فيحكم به لهما .

هذا اذا لم يوجد بينة ، والاقرب أنه لابد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الاخر الذى تصادم دعواهما فيه ، فمن نكل منهما قضى به للاخر ، ولو نكلا معاً أو حلفا معاً قسم بينهما نصفين لما رواه عبدالله بن المغيرة ، ثم ساق الرواية كما قدمناه . انتهى .

---

(١) أي الدرهم الاخر الذى هو محل الدعوى . منه رحمه الله .

و ظاهره حمل اطلاق الخبر على هذا التفصيل الذى ذكره حيث أنه مقتضى القواعد عندهم ، وقال في الدروس بعد فرض المسئلة وان في الرواية المشهورة للثاني نصف درهم ، والباقي للاول ما لفظه ويشكل اذا ادعى الثاني النصف مشاعاً فانه يقوى القسمة نصفين ، ويحلف الثاني للاول و كذا كل مشاع . انتهى .

قال بعض الافاضل(١) : و كأن نظره(٢) على أن النصف في الحقيقة بيد الاول و النصف بيد الثاني ، فمدعى التمام خارج بالنسبة الى الثاني ، فيكون البينة على الاول و اليمين على الثاني ، لكن العدول عن الرواية المعتبرة مشكل ، وسيأتي انشاءالله تعالى في لاحق هذه المسئلة مافيه مزيد ايضاح للمقام .

ومنهاما لو أودعه انسان دينارين وآخر ديناراً وامتزج الجميع ثم تلف أحد الدنانير الثلاثة ، فان الحكم هنا كما في سابق هذه المسئلة ، لما رواه في الفقيه والتهذيب عن السكوني(٣) عن جعفر عن أبيه عن علي (عليهم السلام) « في رجل استودع رجلا دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها فقضى أن لصاحب الدينارين ديناراً ويقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين » .

وجملة من المتأخرين قيدوا الحكم المذكور بما اذا كان امتزاج الدنانير و كذا ضياع أحدهما بغير اختيار ولاتفريط من الامين ، والا لكان ضامناً ، فيخرج

---

(١) هو الفاضل الخراساني في الكفاية . منه رحمه الله .

(٢) قوله وكأن نظره الى آخره ، أقول : توضيحه هو أنه من حيث كون الدرهمين في يديهما معاً فكان الامر يرجع في الحقيقة الى أن درهماً في يد الاول وهو مدعي الدرهمين ، ودرهماً في يد الثاني وهو مدعي الدرهم ، وحينئذ فمدعي الدرهمين خارج لكون مايدعيه من الدرهمين ، ليس في يده ، وانما في يده واحد خاصة فيكون عليه البينة من حيث كونه خارجاً ، و اليمين على الثاني من حيث كونه منكراً لدعوى الدرهمين فيقدم قوله بيمينه ، فاذا حلف على نفي استحقاقه الدرهمين بقي الاخر بينهما انصافاً أيضاً ، قال : وهكذا في كل مشاع كماذكر الشهيد ، ومنها لو كان في يديهما ثوب ادعاه أحدهما كملا وادعى الاخر نصفه ، فانه يقدم قول الاخر بيمينه ويقسم الثوب بينهما انصافاً ، و الوجه في قسمة الدرهم الباقي انصافاً بعد التمثيل أنه قد سقط دعوى صاحب الدرهمين باليمين ، والاخر انما يدعي درهما خاصة ، وهو يتضمن الاقرار لصاحبه بدرهم ، فيبقى الدرهم الاخر بينهما . منه رحمه الله .

(٣) الفقيه ج٣ ص٢٣ ح١٢ ، التهذيب ج٧ ص١٨١ ح١٠ ، الوسائل ج١٣ ص١٧١ ح١ .

عن محل المسئلة ، لانها بعد تضمينه يقتسمان بغير كسر وهو حسن ، قال في التذكرة فان كان بغير تفريط في الحفظ ولا في المزج بأن أذن له في المزج أو حصل المزج بغير فعله ولا اختياره ، فلاضمان عليه ، لاصالة البراءة ، ولو فرّط ضمن التالف .

وقال في الدروس بعد ذكر هذه المسئلة على أثر سابقتها : وهنا الاشاعة ممتنعة ، ولو كان ذلك في اجزاء ممتزجة كان الباقي أثلاثاً ، ولم يذكر الاصحاب في هاتين المسئلتين يميناً ، وذكروهما في باب الصلح فجاز أن يكون ذلك الصلح قهرياً ، وجاز أن يكون اختيارياً . فان امتنعا فاليمين . انتهى .

أقول : أما قوله « ولم يذكر الاصحاب في هاتين المسئلتين يميناً » فان فيه أن ماقدمنا نقله عن التذكرة ، في المسئلة السابقة صريح في اختياره اليمين ثمة ، والظاهر أنه غفل عن الوقوف عليه في الكتاب المذكور ، وهو ظاهر جملة ممن تأخر عنه منهم الشهيد الثاني وغيره .

نعم لم أقف على من ذكر اليمين هنا وبذلك اعترف في المسالك أيضاً .

وأما ماذكره من أن الاصحاب ذكروهما في باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهرياً ، ففيه ماقدمنا ذكره في صدر المسئلة من أن ايرادهما في هذا الباب لاوجه له بالكلية ، لعدم انطباق العنوان عليهما ، وعدم جريان الشروط فيهما ، بل ظاهر الروايات المذكورة هو كونه صلحاً قهرياً كما احتمله وأنه ليس من باب الصلح الاختياري الذي هو موضوع هذا الباب .

وأما قوله « ولو كان ذلك في أجزاء ممتزجة كان الباقي أثلاثاً » فتوضيحه أنه لو كان بدل الدنانير المفروضة في هذه المسئلة مايمتزج أجزاؤه مع تساوي الاجزاء بحيث لايتميز كالحنطة أو الشعير أو الارز أو نحوها ، فأودعه أحد قفيزين من حنطة مثلاً واستودعه الاخر قفيزاً منها أيضاً ، فامتزج الجميع وتلف قفيز منها بعد الامتزاج فانهم قالوا أنه يقسم المال التالف على نسبة المالين ، وكذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث قفيز ، ولصاحب القفيز ثلثا قفيز ، والفرق ظاهر ، لان الذاهب هنا عليهما معاً من حيث الامتزاج ، وتساوي الاجزاء بخلاف الدنانير ، فان الذاهب مختص بأحدهما ، أما صاحب الدينارين ، او صاحب الدينار .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بقي الاشكال هنا من وجه آخر ، كما نبّه عليه شيخنا الشهيد الثاني ، قال في المسالك بعد ذكر المسألة : هذا هو المشهور بين الاصحاب ، ومستنده رواية السكوني عن الصادق (عليه السلام) ويشكل الحكم ـ مع ضعف المستند ـ بأن التالف لا يحتمل كونه بينهما بل هو من أحدهما خاصة ، لامتناع الاشاعة هنا والموافق للقواعد الشرعية القول هنا بالقرعة ، ومال اليه في الدروس الا أنه تحاشى عن مخالفة الاصحاب ، ومقتضى الرواية أنه يقسم كذلك وان لم يتصادم دعواهما في الدينار ، و أنه لا يمين ، و كذا لم يذكر الاصحاب هنا يميناً ، بناءً على كون الحكم المذكور قهرياً كما ذكروه في المسألة السابقة ، و ربما امتنعت اليمين هنا ، اذا لم يعلم كل منهما بعين حقه . انتهى . وهو جيد .

وبالجملة فالظاهر من روايات المسألتين المذكورتين أن الحكم المذكور فيهما قهري غير مشروط بشيء من القيود التي ذكروها من يمين وغيرها والله العالم .

ومنها أنه لو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً و للاخر ثوب بثلاثين درهماً ثم اشتبها فان خيّر أحدهما صاحبه فقد انصفه وان تعاسرا بيع الثوبان وقسم الثمن بينهما ، وأعطى صاحب العشرين سهمين من الثمن ، وصاحب الثلاثين ثلاثة أسهم .

والمستند في ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن اسحاق بن عمار (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) ، « في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب وآخر عشرين درهماً في ثوب ، فبعث بالثوبين ولم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال : يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة اخماس الثمن ، والاخر خمسي الثمن قال : فقلت : فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين · اختر أيهما شئت ، قال : قد أنصفه » .

وقد اختلف الاصحاب (رضوان الله عليهم) في هذا المقام فذهب الشيخ وجماعة منهم المحقق وغيره الى الوقوف على مادلت عليه الرواية ، وذهب ابن ادريس الى العمل بالقرعة ، قال بعد ذكر المسألة : ان استعملت القرعة كان أولى للاجماع على أن كل أمر ملتبس فيه القرعة ، و هذا من ذاك ، واليه يميل كلام شيخنا الشهيد

(١) الفقيه ج٣ ص٢٣ ح١١ ، التهذيب ج٦ ص٢٠٨ ح١٣ ، الوسائل ج١٣ ص١٧٠ ح١ .

الثاني في المسالك .

ورده العلامة في المختلف فقال بعد نقل ذلك عنه : وليس بجيد ، اذلااشكال مع ورود النقل ايضاً، و هذا المجموع بضاعة لشخصين لكل واحد منهماقدرمعين، فيباع ويبسط الثمن على نسبة المالين كغيرهما من الاموال ، وكما لو اشتراهما بالشركة مع الاذن ،فان الشركةقدتحصل ابتداء،وقدتحصل بالمزج الموجب للاشتباه كما هي هنا ، واذا كانا شريكين كان لكل منهما بقدر رأس المال الذى له كما لو امتزج الطعامان .

ونقل في المسالك عن العلامة هنا القول بالتفصيل (١) فقال: ان أمكن بيعهما منفردين وجب ، ثم ان تساويا فلكل واحد منهما ثمن ثوب ولااشكال ، وان اختلفا فالاكثر لصاحبه ، وكذا الاقل بناء على الغالب وان أمكن خلافه ، الا أنه نادر لاأثر له شرعا وان لم يمكن صارا كالمال المشترك شركة اختيارية ، كمالو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال ، وعليه تنزل الرواية .

واعترضه في المسالك بأن ماذكره من البناء على الغالب ليس أولى من القرعة، لانها دليل شرعي على هذه الموارد ، ومن الجائز اختلاف الأثمان ،والقيم بالزيادة والنقصان لاختلاف الناس في المساهلة والمماكسة .

أقول : فيه ماقدمنا نقله عن العلامة في رده لكلام ابن ادريس من أن موضوع القرعة كل أمر مشكل ، والحال أنه لا اشكال بعد ورود النص بالحكم المذكور ، وبه يظهر ضعف قوله « لانها دليل شرعي على هذه الموارد » ، وأن البناء على الغالب في موارد الاحكام الشرعية ، من القواعد الكلية المتفق عليها في كلامهم ، والمتداولة على رؤس أقلامهم .

(١) أقول : ما نقله عنه من التفصيل قد جعله في المختلف أحد الاحتمالين حيث أنه بعد الرد على ابن ادريس مما نقلناه في الاصول قال : اذ نقول ان كان الثوبان متساويين فلكل واحد منهما ثوب ، اذقد اشترى بمال كل منهما ثوباً بانفراده ، وان تفاوتا أعطى صاحب الثلاثين الاجود منهما اذا لظاهر ذلك وان جاز خلافه فهو نادر لااعتبار في نظر الشرع له ، فالقرعة لاوجه لها البتة كما توهمه ابن ادريس . انتهى وهو تقرير لما نقله عنه في المسالك بنوع آخر وان رجع في المعنى الى ما نقله . منه رحمه‌الله .

ثم انه قال في المسالك : وعلى تقدير العمل بالرواية يقصر حكمها على موردها ، ولايتعدى الى الثياب المتعددة ، ولا الى غيرهما من الامتعة و الاثمان ، مع احتماله لتساوى الطريق .

واستقرب في الدروس القرعة في غير مورد النص . وهو حسن ، ولو قيل به فيه كما اختاره ابن ادريس كان حسنا أيضاً انتهى .

أقول : ذهاب ابن ادريس الى القرعة هنا ـ بناء على أصله الغير الاصيل من رد الاخبار بأنها أخبار آحاد لايفيد علماً ولاعملا جيد ، أما على مذهبه (قدس سره) فهو غير جيد ، ولهذا أنه قال أولا في صدر كلامه بعد نقل قول الشيخ وقول العلامة بالتفصيل ، ما صورته : و أنكر ابن ادريس ذلك كله ، و حكم بالقرعة ، لانها لكل أمر ملتبس ، وهو هنا حاصل ، وهو أوجه من الجميع ، لولا مخالفة المشهور ، وظاهر النص مع أنه قضية في واقعة يمكن قصره عليها ، والرجوع الى الاصول الشرعية انتهى .

وهو ظاهر في التوقف من حيث النص ، ولكنه هنا عدل عن ذلك ، وهو غير جيد لماعرفت ، وبالجملة فالاظهر الوقوف على النص المذكور في مورده ، والقول بالقرعة فيما خرج عن مورد الخبر كما اختاره في الدروس واستحسنه في المسالك

و كيف كان فان الصلح هنا بمقتضى العمل بالخبر قهرى ، كما في سابقيه . والله العالم .

المسئلة السابعة ـ لو صالحه على عين بعين أو على منفعة بمنفعة أو على عين بمنفعة أو بالعكس صح ، والوجه فيه أن الصلح لما كان مفاده مفاد غيره من العقود المتقدمة ، وتلك العقود المشار اليها متعلق بعضها العين ومتعلق بعضها المنفعة لم يمتنع صحة الصلح كذلك ، بل لايختص جوازه بما ذكر ، فلو صولح على اسقاط خيار ، أو على اسقاط حق أولوية تحجير في سوق أو مسجد ، صح أيضاً بعين أو منفعة لعين ما ذكر .

و كيف كان فلو بان أن أحد العوضين كان مستحقا بطل الصلح ، اذا كان ذلك العوض معينا في العقد ولو كان مطلقا رجع ببدله ، قالوا : ولو ظهر فيه عيب فله الفسخ وفي تخيّره بينه و بين الارش وجه .

قال في المسالك : ولوظهر غبن لايتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار وجهان : أجودهما ذلك دفعاً للاضرار وان لم يحكم بالفرعية وهو خيرة الدروس ، وقد تقدم في خيارالغبن من البيع انه لانص عليه بالخصوص فيمكن استفادته هنا كما استفيد هناك من الأدلة العامة انتهى .

المسألة الثامنة ـ لوصالحه على دراهم بدنانير أوبدراهم فعلى المشهور من أن الصلح عقد مستقل بنفسه يصح . و على قول الشيخ بالفرعية تصير الصحة مراعاة لحصول شروط الصرف والربا .

قال في المبسوط : اذا ادعى دراهم أودنانير في ذمته ، فاعترف بها ثم صالحه بدراهم ودنانير صح الصلح، وهو فرع الصرف ،فماصح فيه صح في الصلح ، و ما بطل في الصرف بطل فيه ، ولايجوز حتى يتقابضا ، فان كان المقربه دراهم ، فصالحه على دنانير معينة أوموصوفة فعينها وقبضها قبل التفرق جاز ، ولو قبض البعض وفارقه بطل الصرف فيما لم يقبض ، ولو ادعى عليه دراهم فاقر بها ثم صالحه منها على بعضها لم يجز ، لانه ربا ، ولكن ان قبض بعضها وأبرئه من الباقي صح، وكان هذا الصلح فرع الابراء انتهى .

وعلى المشهور لايتعلق به حكم الصرف من وجوب التقابض قبل التفرق ، وأما حكم الربا فانه يبنى على الخلاف المتقدم في باب الربا من انه هل يثبت في كل معاوضة ؟ أم يختص بالبيع ؟ وقد تقدم تحقيق الكلام في ذلك في بابه ، فعلى الاول ينبغي مراعاته هنا أيضاً دون الثاني .

و ممن جزم بالاول هنا بناء على ذلك الشهيد الثاني في المسالك ، و ممن جزم بالثاني العلامة في المختلف ، و مما يتفرع على الخلاف المذكور هنا أيضاً مالو أتلف على رجل ثوباً قيمته درهم مثلا فصالحه عنه على درهمين ، فانه ان قلنا ان الواجب ضمان القيمي بمثله كما هو أحد القولين ليكون الثابت في الذمة ثوباً صح الصلح المذكور ، لان الصلح وقع عن الثوب ، لاعن الدراهم الذى هو قيمته ، وان قلنا أن القيمي يضمن بقيمته ، فاللازم لذمة المتلف انما هو الدراهم ، فعلى هذا اذا صالحه بدرهمين تفرع صحة الصلح هنا على الخلاف المتقدم للزوم الربا ، فيصح الصلح عند من قال بتخصيص التحريم بالبيع ، ويبطل

عند من قال بالعموم في جميع المعاوضات ، ولهذا اختار في المسالك هنا البطلان، بناء على ما اختاره أيضاً من وجوب ضمان القيمي بقيمته .

المسئلة التاسعة ـ لو ادعى اثنان عيناً في يد ثالث من دار أو ثوب أو نحوهما بأنها لهما بالمناصفة ، وصرحا معاً بالسبب الموجب للملك من أنهما ورثاها معاً أو وكلا من شراها لهما معاً بالمناصفة ، أو نحو ذلك فصدق المدعى عليه أحدهما فيما يدعيه من أن النصف له ، وكذب الاخر ، ثم انه صالح المدعى عليه ذلك الذى صدقه على النصف الذى أقر له به بعوض ، و حينئذ فان كان هذا الصلح باذن شريكه سابقاً على الصلح ، أو لاحقا بناء على صحة الفضولي صح الصلح على تمام النصف الذى وقع العقد عليه ، ويكون العوض بينهما نصفين ، كما أن الاصل كان كذلك ، وان لم يكن الصلح باذن شريكه صح الصلح في حصة المقر له . وهو الربع الذى هو نصف ما وقع عليه الصلح ، وبطل في ربع شريكه ، ويكون شريكا مع المدعى عليه بذلك الربع، والوجه في ذلك انه لما اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضيا للشركة بالمناصفة كما فرضناه سابقاً ،فاقرار المدعى عليه لاحدهما يقتضي اشتراكهما فيما أقر به ، وان لم يصدق هما على السبب الموجب للاشتراك ، لان مقتضى السبب المذكور كالميراث ونحوه هو التشريك ، ويمتنع استحقاق المقر له بالنصف خاصة دون شريكه ، كما أن الفائت يكون ذاهباً عليهما بمقتضى اقرارهما بسبب الشركة ، و من أجل ذلك تفرع عليه ما قدمناه من التفصيل بصحة الصلح على النصف مع اذن الشريك ، و الاشتراك في العوض وعدم الصحة الا في الربع مع عدم الاذن ، و كون الشريك حينئذ شريكا للمدعى عليه بالربع .

هذا كله فيما اذا صرحا بالسبب الموجب للملك بالاشاعة و المناصفة ، أما لو لم يصرحا بما يقتضي الشركة سواء صرحا بما ينافيه أم لا كما لو ادعى أحدهما ملك نصف المدعى فيه بالميراث ، وادعى الاخر ملكه بالشراء ، فانهما لا يشتركان فيما أقر به المدعى عليه ، فان ملك أحدهما لا يستلزم ملك الاخر ، فلا يقتضي

الاقرار لاحدهما بما يدعيه مشاركة الاخر اياه. (١)

قال في المسالك بعد ذكر الحكمين المذكورين : هذا تقرير ما ذكره المصنف وجماعة في القسمين ، وفيه بحث ، لان هذا لايتم الاعلى القول بتنزيل البيع والصلح على الاشاعة ، كالاقرار ، وهم لايقولون به بل يحملون اطلاقه على ملك البايع والمصالح ، حتى لو باع مالك النصف ابتداء نصف العين مطلقا انصرف الى نصيبه ، ووجهوه بأن اللفظ من حيث هو وان تساوت نسبته الى النصفين ، الاأنه من خارج قد ترجح انصرافه الى النصف المملوك للبايع ، نظراً الى ان اطلاق البيع انما يحمل على المتعارف في الاستعمال ، و هو البيع الذى يترتب عليه انتقال الملك بفعل المتعاقدين ، ولايجرى ، ذلك الافي المملوك بخلاف الاقرار ، فانه اخبار عن ملك الغير بشيء ، فيستوى فيه ماهو ملكه وملك غيره ، وحينئذ فاللازم هنا أن ينصرف الصلح الى نصيب المقر خاصة ، فيصح في جميع الحصة بجميع العوض ، وتبقى المنازعة بين الاخر والمتشبث .

هذا ان وقع الصلح على النصف مطلقاأوعلى النصف الذى هوملك المقر له .

أما لو وقع على النصف الذى أقربه المتشبث توجه قول الجماعة لان الاقرار ينزل على الاشاعة والصلح وقع على المقربه ، فيكون تابعاً له فيها ، وعلى هذا ينبغى حمل كلامهم ، لئلاينافى ماذكروه من القاعدة التى ذكرناها .

وهذا توجيه حسن لم ينبهوا عليه ، وانما ذكر الشهيد (رحمةالله عليه) في بعض تحقيقاته احتمال انصراف الصلح الى حصة المقر له من غير مشاركة الاخر مطلقا ، وتبعه عليه الشيخ على (رحمةالله عليه) انتهى .

أقول : وينبغي اولا ايضاح ماذكره ، ثم بيان ما فيه فنقول : قوله ان هذا لايتم الا على القول بتنزيل البيع والصلح على الاشاعة ، الى آخره بمعنى أنه لو باع

---

(١) قيل : ومثله ما لوادعى كل منهما أنه اشترى النصف من غير تقييد بالقيد نعم لوقالا اشتريناها معاً أو اتهبناها وقبضنا معاً ونحوذلك ، فقد حرر في التذكرة أن الحكم فيه كالاول لاعتراف المقر بأن السبب المقتضي لتملكه قد اقتر بتملك الاخر ، ويحتمل العدم ، لان نقل الملك لاثنين بهذا الوجه بمنزلة الصفقتين . منه رحمه‌الله .

شخص حصته من مال مشترك بينه و بين غيره كالنصف مثلا فانه بمقتضى تقريرهم لم ينصرف الى مالـه ، بل الى النصف المعلوم المشاع مطلقاً بينـه وبين شريكه ، فيكون المبيع ربـع البايع وربـع الشريك ، وهم لايقولون به في البيع ، ولافي الصلح ، بل يخصونـه بنصف البايع والمصالح ، و انما ينـزل على الاشاعة الاقرار ، فلو أقر بالنصف للغير يكون اقراراً بربعه وربع الشريك ، ووجه الفرق بين الامرين أن البايع انما يبيع مال نفسه ، ولا يصح بيع مال غيره الا فضولا على القـول به ، أو وكالـة ، وهما منتفيان هنا ، فينصرف الى مالـه كما هـو المتبادر والمتعارف ، بخلاف الاقرار فانه كالشهادة بأنه للغير ، وهـو قد يكون في ماله ، وقد يكون في مال غيره ، فهنا ينبغي أن يكون مايصالح عليه هو نصف المقر به ، وهو الربع بالنسبة الى المجموع ، فيكون العوض كله له ، لا أنه يكون انصافاً كما ذكروه ، والنزاع يبقى للشريك الاخر مع المدعى عليه .

هذا اذا كان الصلح على النصف مطلقاً ، أو على النصف الذى هو ملك المقر له ، وأما اذا صالح المقر له على النصف الـذى أقـر لـه به كان الصـلح هنـا منزّلا على الاشاعة ، لانه تابع للاقرار المنزل على ذلك كما عرفت ، فيكون قول الجماعة متجهاً على هذا الوجـه ، وعلي هذا ينبغي حمـل كلامهم ، هذا حاصـل ماذكره (قدس سره) .

وفيه أولا أن الظاهر أن قول الجماعة ــ بان اطلاق البيع والصلح انما ينصرف الى ملك البايع والمصالح دون الشايع ــ انما هو في المال المشترك الخالي عـن النزاع ، والقاعدة المذكورة انما هي بالنسبة الى ذلك ، وما نحن فيه ليس كذلك لوجود النزاع وعدم ثبوت نصف خالص للمصالح ، بل الثابت له بحسب الشرع انما هو الربع كما عرفت ، لان الفرض أن ما اعترف به المدعى عليه ، مشترك بينه وبين شريكه بحسب نفس الامر ، وظاهر الشرع من حيث اقرارهما بموجب الشركة ، ولانزاع في أن ما أقر به المدعى عليه مشترك بينه وبين شريكه ، فهو انما صالح على ربعه وربع شريكه ، اذ ليس نصف المصالح عليه الا ذلك ، وبه يظهـر أن ما نحن فيه ليس من جزئيات القاعـدة المذكورة ، و لا من أفرادها لتحصيل المنافاة

كما زعمه (قدس سره) .

وثانياً ـ أنه مع الاغماض عن ذلك ـ فان الظاهر من المقام والمتبادر من سياق الكلام كما صرح به من ذكر المسئلة من علمائنا الاعلام(١) أن الصلح انما وقع على النصف الذى أقر له به المدعى عليه ، و لم يقصد المدعى عليه ، والذى أقر له الا ذلك ، لأن الصلح وقع على نصفه الذى له في نفس الامر والخروج عن قاعدة البيع والصلح انما يحصل على الثانى ، دون الاول وبما ذكرناه يظهر أيضاً أن الاحتمال الذى ذكره الشهيد (رحمة الله عليه) وتبعه عليه الشيخ على (رحمة الله تعالى عليه) ليس بجيد ، والله العالم .

المسئلة العاشرة ـ قالوا : لو ادعى عليه شيئاً فأنكر فصالحه المدعى عليه على سقى زرعه أو شجره بمائه ، قيل : لا يجوز ، لان العوض وهو الماء مجهول ، وهذا القول منقول عن الشيخ (رحمة الله عليه) والمشهور الجواز مع ضبط السقى بمدة معلومة ، ومثله ما لو كان الماء معوضا .

وبالجملة فانه يجوز السقى بالماء عوضاً للصلح ، بأن يكون مورده أمراً آخر من عين أو منفعة ، و كذا يجوز كونه مورداً له ، وعوضه أمر آخر من عين أو منفعة ، كل ذلك مع ضبطه بمدة معلومة .

والشيخ قد خالف في الجميع ، محتجاً بجهالة الماء ، مع أنه جوز بيع ماء العين والبئر وبيع جزء مشاع منه ، وجوز جعله عوضاً للصلح ، كذا قالوا .

---

(١) ومن ذلك عبارة المحقق فى الشرايع حيث قال : ولو ادعى اثنان داراً فى يد ثالث بسبب موجب للشركة كالميراث فصدق المدعى عليه أحدهما ، وصالحه على ذلك النصف بعوض ، فان كان باذن صاحبه صح الصلح فى النصف أجمع ، وكان العوض بينهما وان كان بغير اذنه صح فى حقه ، وهو الربع . انتهى ، ولا يخفى أن قوله فصالحه على ذلك النصف مراد به النصف الذى أقر له به الذى صار بالاقرار مشتركاً بينه وبين صاحبه ، فالاشارة راجعة اليه كما هو ظاهر ، والشارح قد جرى فى تقرير معنى العبارة على ذلك أيضاً ، فقال فى أثناء الكلام : فاذا صالح المقر له المثبت على النصف المقر له فان كان الصلح باذن صاحبه الى آخره وهو ظاهر فى أن الصلح انما وقع على ذلك النصف المقر به ، و على هذا النهج كلام غيرهما من الاصحاب (رضوان الله عليهم) . منه رحمه الله .

أقول : ويمكن أن يكون منعه من الصلح على السقي المذكور من حيث عدم الضبط بالمدة ، فانهم انما جوّزوا ذلك مع الضبط بها ، و يدل عليه اطلاق كلامه ، فانه لا دلالة فيه على المنع مع الضبط ، بالمدة ليتجه نسبة الخلاف اليه في المقام .

وبالجملة فانه يمكن تخصيصه المنع هنا بغير المضبوط ، فيكون موافقاً لما ذكروه ، والاعتراض عليه ـ بأنه صرح بجواز بيع ماءالعين والبئر وجزء مشاع منه وجوّز جعله عوضاًللصلح ـ يمكن دفعه بأن الماء في صورة محل البحث مجهول لايدخل في أحد الاقسام المذكورة ، لانه لم يستحق بالصلح جميع الماء ، ولابعضاً منه معيّناً ، وانما استحق سقياً لايعرف قدره ، ولا مدة انتهائه ، ومن ثم شرطوا في الجواز ضبط المدة ، وهو لم يصرح بالمنع مع الضبط كما عرفت .

بقي الكلام فيما لو تعلق الصلح بسقي شيء مضبوط دائماً أو بالسقي بالماء أجمع دائماً وان جهل السقي ، و نفي البعد عن الصحة شيخنا الشهيد الثاني في المسالك والروضة ، للتسامح بذلك في باب الصلح ، و هو غير بعيد لما قدمناه وذكره غير واحد من الاصحاب من أن مبنى الصلح على المساهلة والمسامحة .

قالوا : و كذا يصح الصلح على اجراء الماء على سطحه أو ساحته بعد العلم بالموضع الذي يجري فيه الماء ، بأن يعرف مجراه طولاً وعرضاً ، ليرتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه ، و لا يعتبر تعيين العمق ، لان من ملك شيئاً ملك قراره الى تخوم الارض ، و لا فرق في ذلك بين جعله عوضاً بعد المنازعة وبين ايقاعه ابتداءً ، و قد أطلق جملة منهم حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهدته ليرتفع الغرر ، وقيّد آخرون بمشاهدته أو وصفه خروجا من الغرر ، لاختلاف الحال بقلته و كثرته ، فقد يتعلق الغرض بأحدهما دون الاخر ، ولوسقط السطح بعدالصلح أو احتاجت الساقية الى اصلاح فعلى مالكهما ، لتوقف الحق عليه ، وليس على المصالح مساعدته .

المسئلة الحادية عشر ـ الظاهر أنه لا خلاف في أنه لو قال المدعى عليه : صالحني عليه فان ذلك لا يكون اقراراً بالملك ، لان الصلح يصح مع الانكار ،

فطلبه هنا لايستلزم الاقرار ، اذ قد يكون ذلك لاجل رفع المنازعة والمخاصمة و خالف فيه بعض العامة حيث زعم أن الصلح لا يصح الامع الاقرار : وفرع على ذلك ان المدعى عليه لو قال قبل الاقرار صالحني على العين التي ادعيتها يكون ذلك منه اقراراً، لانه طلب منه التمليك، وهو يتضمن الاعتراف بالملك ، فصار كما لو قال : ملكني

وفيه أنه متجه بناءً على أصله المذكور من حيث تخصيص الصلح بالاقرار وأما على ماهو المتفق عله عندنا وعند جملة منهم من صحة وقوعه على الاقرار والانكار ، فطلبه لايكون موجباً للاقرار .

نعم لو قال : بعني أوملكني اقتضى ذلك الاقرار بعدم ملكه له ، لانه صريح في طلب التمليك المنافي لكونه ملكاله ،لاستحالة تحصيل الحاصل ، وبالجملة فانه لااشكال في اقراره بعدم الملك بقوله ذلك .

بقي الكلام في أنه هل يكون بذلك ملكاً لمن طلب منه البيع أوالتمليك أم لا ؟ الاقرب العدم ، لانه يحتمل أن يكون المطلوب منه وكيلا ، واذا قام احتمال ذلك لم تتم الدلالة على كونه ملكاله .

وبالجملة فالمترتب على الاقرار المذكور هو كونه مالكا لبيع ، لامالكا للمبيع ، لانه أخص ، والعام لايدل على الخاص .

وقيل : نعم لواقترن بذلك كون المطلوب بيعه تحت يدالمخاطب ترجح جانب ملكه ، لدلالةاليد على الملكية ، والاصل عدم مالك آخر ، قال في المسالك: وقد تنبه لذلك العلامة في المختلف والشهيد في الدروس وهو قوى . انتهى .

أقول : لايخفى أن ما تقدم من الكلام وبه صرحوا أيضاً أن مبنى الشك في كونه ملكاً لمن طلب منه البيع وعدمه ـ انما هو على اقراره من غير انضمام شيء آخر له من خارج يدل على الملكية أوعدمها ، والا فمع انضمام ما يدل على أحد الامرين لااشكال في الحكم بمادل عليه .

وبه يظهر أن ما ذكروه من هذا الفرع لاأعرف له مزيد فائدة على أن ما ذكروه من مجرد دلالة اليد على الملكية محل توقف ، بل لابد مع ذلك من ادعاء الملكية ، والا فان المال في يد الوكيل أيضاً لكنه معترف بالوكالة عن الغير ،

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

هذا بحمدالله سبحانه ظاهر لاسترة عليه .

الثانية عشر ـ وفيها حكمان ـ **احدهما** انه لوضمن شخص عن شخص مالا باذنه ثم صالح الضامن المضمون له بأقل مماضمنه لم يكن له الرجوع على المضمون عنه الابما صالح به ، والظاهر أنه لاخلاف فيه ، وعليه تدل موثقة عمر بن يزيد (١) «قال : سألت أباعبدالله (عليه السلام) عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه قال : ليس له الا الذى صالح عليه» رواه الكلينى والشيخ (رحمة الله عليهما) .

وروى ابن ادريس فى مستطرفات السرائر نقلا من كتاب عبدالله بن بكير (٢) «قال : سألت أباعبدالله (عليه السلام) عن رجل ضمن عن رجل ضمانا ثم صالح على بعض ما صالح عليه قال : ليس عليه الا الذى صالح عليه» .

والخبران وان كانا مطلقين بالنسبة الى اذن المضمون عنه وعدمه الا أنه يجب تقييدهما بالاذن ، لما تقدم فى كتاب الضمان أنه لارجوع الا مع الاذن ، و بدونه لارجوع .

و كذا لوصالح الضامن المضمون له عن المال الذى ضمنه بعروض دفعها اليه ، فانه لايرجع على المضمون عنه الا بأقل الامرين من قيمة العروض وماكان فى ذمة المضمون عنه ، وقد تقدم ذكر هذه المسئلة وتحقيق الكلام فيها فى كتاب الضمان فليرجع اليه من أحب الوقوف عليه .

الثانى ـ يجوز الصلح على تعجيل بعض الدين المؤجل بنقصان منه ، ولايجوز تأجيل شىء منه بزيادة ، ولايجوز الصلح على تعجيل البعض أيضاً بمد الاجل فى الباقى .

ويدل على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة باسانيد عديدة فيها الصحيح والحسن عن الحلبى(٣) عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال : سئل عن الرجل يكون له دين الى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول :انقدنى كذا وكذا وأضع عنك بقيته ، أو يقول:

(١) الكافى ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٧ التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ٧

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ٦ و الوسائل ج ١٣ ص ١٥٣ ح ١ و ٢

(٣) الكافى ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٤ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٨ ح ١

اقضدني بعضه وأمد لك في الاجل فيما بقي عليك قال : لاأرى به بأساً ، انه لم يزدد على رأس ماله ، قال الله عزوجل(١) فلكم رؤس أموالكم لاتظلمون ولاتظلمون» وفي قوله (عليه‌السلام) «انه لم يزدد على رأس ماله» ثم أورد الآية اشارة الى عدم جواز التأجيل بالزيادة على الحق ، وان كان على سبيل الصلح ، فانه رباء كما يدل عليه ايراد الآية ، فيمكن الاستدلال بالخبر المذكور على تحريم الربا في الصلح أيضاً الا أن الرياء لازم هنا مع النقصان أيضاً ، وكانه حينئذ مستثنى بالخبر ، ويعضده ايضاً حسنة أبان(٢) عمن حدثه عن أبي عبدالله (عليه‌السلام) قال ، سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحل الاجل عجل لى النصف من حقى على أن أضع عنك النصف ، أيحل ذلك لواحد منهما ، قال . نعم» .

المطلب الثاني في تزاحم الحقوق والتنازع في الاملاك:

والكلام فيه يقع في مقامات : **المقام الاول** ـ قد صرح الاصحاب (رضوان الله عليهم) بأنه يجوز اخراج الرواشن (٣) والاجنحة الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لاتضر بالمارة ، وهما عبارة عن اخراج خشب من حائط المالك الى الطريق بحيث لايصل الى الجدار المقابل له ويبنى عليها ، ولو وصل الى الجدار سمى ساباطاً وعلى هذا فهما عبارة عن أمر واحد ، وربما فرق بينهما بأن الاجنحة ينضم اليها مع ما ذكر أن يوضع لها أعمدة من الطريق ، وربما قيل ذلك في الرواشن .

والكلام هنا يقع في مواضع : الاول ـ المرجع في التضرر الى العرف بالنظر

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٩

(٢) الكافي ج٥ ص٢٥٨ ح٣ ، التهذيب ج٦ ص٢٠٦ ح ٥ ، الوسائل ج١٣ ص١٦٨ ح٢

(٣) قال في مجمع البحرين : الرواشن جمع الروشن وهي أن يخرج اخشاباً الى الدرب ويبن عليها ويجعل عليها قوائم من أسفل . انتهى ، وفي اللغويين الروشن بأنه الكوة كذا ذكره المحقق الشيخ علي علي ما في شرح القواعد . وفي القاموس : الروشن الكورة ، فليتأمل فلعل الغلط في أحد الموضعين ، ولا يحضرني الآن من نسخ الكتابين ما يمكن تحقيق الحال منه فان تحريف الكوة بالكورة أو بالعكس قريب فليلاحظ منه رحمه الله .

الى المارة في تلك الطريق وما يليق بها ، فلو كانت من الطرق التي تمر فيها الجيوش والجمال والفرسان وجب أن لايضر بالعماريات والكنايس ، واعتبر ارتفاع ذلك بحيث يمر فيه الفارس لايصدم رمحه مما لاعلى عنقه ، واعتبر العلامة في التذكرة أن يتمكن الفارس من الممر تحته ورمحه منتصب لايبلغه ، قال : لانه قد تزاحم الفرسان فيحتاج الى أن تنصب الرماح، ومنعه في الدروس لندرته ، وقواه في المسالك لامكان اجتماعهم مع امالته بحيث لايبلغهم .

الثاني ـ المفهوم من كلامهم وتقييد الضرر بالمارة كما قدمناه ذكره أنه لو أضر بغيرهم من جار ونحوه بحيث استلزم الاشراف عليه لم يمنع منه ، كما لا يمنع لو كان وضع الجناح والروشن في ملكه فاستلزم الاشراف على جاره .

وخالف في ذلك العلامة في التذكرة فقال : بالمنع من ذلك فارقا بينه وبين الوضع في ملكه ، قال في الكتاب المذكور: اذا أخرج جناحاً أو روشناً في الشارع النافذ فقد بيّنا أنه ليس لاحد منعه مع عدم التضرر به ،فلو تضرر جاره بالاشراف عليه فالاقرب أن له المنع ، لانه قد حصل به الضرر ، بخلاف مالو كان الوضع في ملكه فانه لايمنع وان حصل معه الاشراف ، لان للانسان التصرف في ملكه كيف شاء ،ويمنع في الملك من الاشراف على الجار لامن التعلية المقتضية لامكانه ، قال : ولست اعرف في هذه المسئلة بالخصوصية نصاً من الخاصة ولامن العامة ، وانما صرت الى ما قلت عن اجتهاد ، ولعل غيري يقف عليه أو يجتهد فيؤديه اجتهاده الى خلاف ذلك انتهى ملخصاً .

واعترضه في المسالك فقال : وفيه نظر لان المعتبر في الموضوع في الطريق عدم الاضرار بأهل الطريق ، لانه موضوع للاستطراق فيمتنع ما ينافيه ، أما اعتبار عدم الاضرار بغيرهم فلادليل على المنع منه ، بل قد تقدم أنه لايمنع مما يضر بغير من يعتاد سلوكه خاصة ، فضلا عن غير المار ، والجار خارج عن ذلك كله ، فلاوجه للمنع مما يقتضي اضراره ، كما لو أحدث بناء في مباح يقابله واستلزم الاشراف عليه ،و كلام العلامة وغيره حيث قيدوا الضرر بالمارة دليل عليه ؛ وانما عمم هو الضرر في فرعه. انتهى .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أقول : ويقول العلامة (قدس سره) في هذه المسئلة ولست أعرف في هذه المسئلة نصاً وانماصرت الى ما قلت عن اجتهاد ،تعلق المحدث الامين الاسترابادي ونحوه من الاخباريين في التشنيع على المجتهدين، ويمكن الاعتذار عنه (قدس سره) بأن مراده بالاجتهاد انما هو الاستنباط من الادلة العامة ، فانه انما نفى وجود الخبر الخاص بهذه المسئلة ، فلاينافيه امكان استنباط دليل لها من الأدلة العامة ، و هو هنا حديث (١) «لاضرر ولاضرار» لانه انما استند في المنع بضرر الجار بذلك .

نعم يمكن أن يجاب عن ذلك بأن الضرر المنهي عنه انما هو نفس الاشراف لاالروشن المقتضي له ، كما لوفعله في ملكه أوأحدث بناء في مباح يقابله واستلزم الاشراف كما تقدم في كلام شيخنا المتقدم ذكره .

الثالث ــ ما قدمنا ذكره من جواز اخراج الرواشن والاجنحة الى الطرق النافذة مالم يضر بالمارة هو المشهور ، سواء عارضه فيه مسلم أولم يعارضه أحد، وهو قول الشيخ في الخلاف .

وقال في المبسوط : بأنه لوعارض فيه مسلم وجب قلعه ، وبه قال ابن البراج، والاول اختيار ابن ادريس ، مستنداً الى جريان العادة من غير أن ينكره أحد ، قال : وسقيفة بني ساعدة وبني النجار مشهورتان ، ولم ينكرهما أحد من المسلمين، ونفس الطريق غير مملوكة ، وانما يملك المسلمون منافعها دون رقبتها . انتهى.

وبه قال العلامة وغيره ، وماذهب اليه الشيخ في المبسوط هنا نقله في التذكرة عنه ، وعن أبي حنيفة ، قال : وقال الشيخ (رحمه الله) وأبو حنيفة لاعبرة بالضرر وعدمه، بل ان عارضه فيه رجل من المسلمين نزع ووجب قلعه وان لم يكن مضراً به ولا بغيره ، والاترك ،لانه بنى في حق غيره بغير اذنه ، فكان له مطالبته بقلعه ، كما لو بنى دكة في المسلوك ، أو وضع الجناح في ملك غيره ، ثم رده بان القياس ممنوع ، فان الضرر يحصل ببناء الدكة ، بخلاف الجناح والساباط والرواشن ، لان الاعمى يعتبر بها ، وكذا في الليل المظلم يعثر البصير بها ، ويضيق الطريق بها بخلاف الجناح،وملك الغير لايجوز التصرف فيه الاباذنه ،بخلاف الطريق فافترقا .

(١) الفقيه ج٢ ص١٤٧ ح١٨ ، الكافي ج٥ ص٢٩٢ ح٢ ، الوسائل ج١٧ ص٣٤١ ح٣

أقول : والعمده في ذلك كله هو اباحة الهواء ، وانه غير مملوك هنا للمارة ولا لغيرهم فلامانع من التصرف فيه الا على وجه يتضرر به المارة ، والمفروض عدمه ، فلو حصل الضرر به وجب ازالته ولا يختص الوجوب بالواضع ، وان كان آكد ، بل يجب على كل من له قدرة بالامر بالمعروف و النهي عن المنكر .

الرابع ــ المفهوم من تقييدهم الطرق بالنافذة عدم الجواز في الطرق المرفوعة ، والوجه فيه ظاهر ، لانها ملك لاربابها ، كساير الاملاك المشتركة لايجوز التصرف فيها الا باذن اربابها فلايجوز لاحد منهم احداث جناح أو باب شارع الا باذن الباقين ، سواء أضر بهم أم لم يضر ، للمنع من التصرف في مال الغير الا باذنه مطلقا ، والمراد بالمرفوعة المسدودة التي لاينتهي الى طريق آخر ولامباح ، بل الى ملك الغير ، والمراد بأربابها من له باب شارع اليها ، ومما يترتب على ملكهم لها جواز سدهم لها عن السكة ، مع اتفاقهم على ذلك ، و كما يحرم التصرف فيها بما تقدم ذكره كذلك يحرم بغيره من انواع التصرفات ، فلايجوز المرور فيها الا باذنهم ولا الجلوس فيها ، ولا ادخال الدواب فيها و نحو ذلك الا مع الاذن ، ويمكن الاكتفاء في جواز المرور بشاهد الحال ، و كذا الجلوس خفيفاً ، فلو اتفق في تلك الطرق المرفوعة السلوك الى مسجد أو رباط أو مطهرة أو نحوها من المشتركات بين العامة لم يكن لاصحاب الطريق المنع من السلوك اليها ، ولا احداث ساباط أو جناح يضر بالمارة وان رضي أهل السكة ، لانها صارت مشتركة بينهم وبين عامة الناس المترددين الى تلك المواضع ، ونحوه لو جعل أحدهم داره أحد تلك المواضع ، والوجه فيه ظاهر مما تقدم .

هذا والمفهوم من كلام الاصحاب من غير خلاف يعرف هو أن الطرق المرفوعة ملك لاربابها ، وظاهر المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) هنا المناقشة في ذلك مستنداً الى المنع من ذلك الآن يعلم بدليل شرعي ، ولو بدعوى الملكية بشرط أن لايكون مستنده مجرد الاستطراق ، فان الذي علم من الاستطراق استحقاقهم ذلك لاغير ، ولما كان أكثر الطرق والاستطراق يحصل في غير الملك لايعلم منه الملكية التي هي منفية بالاصل ، اذلافرق بين المسلوك والمرفوع في الحصول ، الا أن المترددين في الاول أكثر ، هذا غاية ما استند اليه (قدس سره) .

وفيه نظر ، اذلايخفى أن الظاهر أنه لاخلاف في أن التصرف امارة الملك ، فلو تصرف أحد في شيء ومات وهو في تصرفه حكم به ميراثا لورثته ، ولوادعى مدع في أن تصرفه عاد طولب بالبينة ، ولايخفى أيضاً أن التصرف غير مضبوط بحد معلوم وانما هو في كل شيء بنسبته ، يعني بالنظر الى المنافع المترتبة على ذلك الشيء فكل من تصرف في شيء بتحصيل المنافع المترتبة عليه ثبت له الملك ، و المنافع المترتبة على الطريق التي بها ثبت التصرف ليس الا الاستطراق ، لانها موضوعة له وان أمكن وجود منافع آخر أيضاً ، الا أن هذا هو المقصود منها والغالب عليها ،

وأما ماذكره من أن الاستطراق يحصل في غير الملك ـ فلا يدل على الملكية كما في الاستطراق في الشوارع ـ ففيه أن ماذكرنا من أن التصرف امارة الملك فان التصرف في كل شيء انما هو بنسبة حاله ، مما يثبت به المدعى ، اذ لاخلاف في هاتين المقدمتين فيما أعلم ، و عـدم ثبوب ذلك في الشوارع انما هو من حيث عدم حصر السالك فيها ، والملك لابد أن يكون له مالك معين ، والتصرف الموجب للملك الذي يكون في كل شيء بنسبته لابد أن يكون مستمراً كما في التصرفات في ساير الاملاك .

وحينئذ فلو مر شخص في الجادة يوماً ولم يعد اليها في باقي عمره لايعد مالكاً ، وان كان قد تصرف مرة ، وهكذا في ساير السالكين وان تفاوتوا ، بخلاف ملاك السكة المرفوعة . فانهم مستمرون على الاستطراق منها الى بيوتهم كما في جملة التصرفات في الاملاك مع كونهم معينين محصورين ، وبذلك يظهر لك الفرق بين الطريقين ، وعدم قياس احديهما على الاخرى في البين . والله العالم .

الخامس ــ قد عرفت أن الاظهر أنه ليس لأحد من المسلمين معارضته في اخراج الجناح والروشن ، ويدخل فيه الجار ، فليس له المعارضة ، ليكون الهواء بينهما ، بل أيّهما سبق استحق ذلك .

نعم للاخر اخراج روشن فيما بقي من الهـواء ، وليس لصاحب الاول منعه مالم يضع على خشبته شيئاً منه ، ويجوز للاخر اخراج روشنه فوق الاول أو تحته مالم يضر به ، ويعتبر أن يكون عالياً لا يضر بالمارة على الوجه المتقدم ، ولو أظلم

الطريق بوضع الثاني أزيل خاصة ، لان الضرر انما حصل به ، وان كان للاول أيضاً اثر في ذلك الا أن الحد الموجب للضرر انما حصل بالثاني .

السادس قال في التذكرة : لو صالح واضع الروشن أو الجناح أو الساباط أرباب الدرب ، وأصحاب السكة على وضعه جاز على الأظهر عندنا ، لكن الاولى اشتراط زمان معين ، لانه حق مالي يتعين المالك فجاز الصلح عليه ، وأخذ العوض عنه كما في القرار ، ومنع منه الشافعية ، بناء منهم على أن الهواء تابع ، فلا يفرد بالمال صلحاً كما لا يفرد به بيعاً ، ونمنع مانعية التبعية من الانفراد بالصلح ، بخلاف البيع لانه يتناول الاعيان ، والصلح هنا واقع عن الوضع مدة ، وكذا الحكم في صلح مالك الدار عن الجناح المشرع اليها من الجواز عندنا ، والمنع عندهم . انتهى .

وظاهره أن الحكم اجماعي عندنا في كل من الموضعين ، وانما المخالف فيه الشافعية خاصة ، مع أن عبارة الشيخ في المبسوط ظاهرة في ما نقله عن الشافعية حيث قال : اذا اخرج جناحاً الى زقاق غير نافذ لم يجز ، لان أربابه معينون ، فان صالحوه على تركه بعوض يأخذونه منه لم يجز ، لان في ذلك افراداً للهواء بالبيع ، وذلك لا يصح . انتهى .

والاصحاب قد نقلوا ذلك عنه أيضاً ، والظاهر أنه غفل عن مراجعة ذلك ، والمحقق في الشرايع قد تردد في المسئلة من أجل خلاف الشيخ أيضاً .

وكيف كان فان الظاهر أن كلام الشيخ هنا (رحمه الله) مبني على ما تقدم نقله عنه من فرعية الصلح على البيع كما هو مذهب الشافعية ، وقد تقدم نقله عن الجميع وبيان ضعفه ، والمفهوم من كلامهم كما هو ظاهر عبارة التذكرة المذكورة استحقاق جميع ملاك الطريق المرفوعة لذلك ، وهو مخالف لما صرحوا به كما سيأتي ان شاء الله تعالى من اختصاص الداخل منهم بما بين البابين ، واشتراك الجميع انما يحصل فيما خرج عن الابواب كملا ، فالمناسب للتفريع على ذلك أن يقال : أن الروشن المحدث ان كان خارجاً عن جميع الابواب فالحق للجميع ، والصلح على اخراج الروشن مع الجميع ، وان كان داخلاً عن بعضها لم يتوقف على اذن الخارج ، وقيل : يتوقف على رضى الجميع كالاول ، وقواه في الدروس ، وسيأتي

الكلام في ذلك انشاء الله تعالى .

السابع ــ قالوا : لوسقط الروشن فسبق جاره الى وضع روشن في ذلك الهواء لـم يكن للاول منعه ، لان الاول لـم يملك الموضع بوضع الروشن فيه ، وانما اكتسب بوضعه الاولوية ، كالقعود في المسجد .

بل قال في التذكرة : لو هدمه جار قهراً و تعدياً ثم وضع الجار روشناً أو جناحاً في محاذاته ومده الى مكان روشن الاول جاز ، وصار أحق بـه ، لان الاول كان يستحق ذلك بسبقه اليه ، فاذا أزال وسبقه الثاني الى مكانه كان أولى ، كرجل جلس في مكان مباح كمسجد أو درب نافذ ثم قام عنه أو أقيم ، فانه يزول حقـه من الجلوس ، ويكون لغيره الجلوس في مكانه . وليس للاول ازعاجه ، وان ازعج الاول فكذا هنا ، ثم نقل المنع عن بعض الشافعية .

وملخص كلامهم أنه انما يزول حقه بالاعراض عن اعادته لا بالهدم والانهدام كالجالس في المكان للاولوية ، وبذلك صرح غيره أيضاً ، وظاهره أن غايـة ما يلزم الثاني بكسر روشن الاول الاثم و الضمان خاصة ، والا فان أولويته تزول بذلـك .

و لا يخفى ما فيه من الاشكال ، لعـدم النص في ذلك مع ظهور كون الثاني غاصباً وان لـم يكن غصب ملك بـل غصب أولوية ، فاطلاق أدلة الغصب وعمومها يشمل مثل ذلك .

و قد تنبه لما ذكرناه المحقق الاردبيلي (قدس سره) ، حيث أنه بعد نقل كـلام التذكرة وما ذكره من كـلام بعض الشافعية ، قال : والذى يتخيل أولوية قول بعض الشافعية ، اذ لاشك في حصول الاولوية ، والاصل بقاؤها ، ومعلوم زوالها بالاعراض لا غير ، والظاهر أنه ليس بأقـل من التحجير قهـراً يمكن عدم زوال أولوية الحجـر ، وبالجملة الحكم ليس بمنصوص ولا مجمعاً عليه على الظاهر ، فليس ببعيد قول بعض الشافعية ، ولا شك أنه أحوط . انتهى .

و أشار بقوله :ليس اقل من التحجير الى آخره ـ وان كانت العبارة لايخلو من غموض ولعله لغلط في الكتاب المنتسخ منه ـ الى ما صرحوا به ثمة من أنه بالتحجير الذى هو شروع في الاحياء لايصلح لغيره التخطي اليه وان لم يفد ملكاً ، بل

انما يفيد أولوية ، وهو نظير مانحن فيه ، فيكون مؤيداً لما ذكرناه .

ويؤيده أيضاً ماتقدم في أحكام المساجد من كتاب الصلاة بالنسبة الى السابق الى موضع منها من تصريح شيخنا الشهيد الثاني بأنه لو أزعجه مزعج فلا شبهة في اثمه ، وهل يصير أولى بعد ذلك يحتمله ، لسقوط حق الاول بالمفارقة ، وعدمه للنهي ، فلا يترتب عليه حق ، ويتفرع على ذلك صحة صلاة الثاني وعدمها ، مع أنه (قدس سره) ممن وافق العلامة فيما نقلناه عنه في كتاب المسالك ، والحكم في المسألتين من باب واحد . والله العالم .

المقام الثاني ـ في الطرق وهي على قسمين ، نافذة ويقال شارعة ، ومرفوعة والكلام فـي هذا المقام يقع أيضاً في مـواضع ، الاول ـ الظاهر أنه لاخلاف بين الاصحاب في جواز فتح الابواب المستحدثة في الطرق النافذة ، لان المسلمين فيها شرع ، فيجوز احداث الابواب فيها لمجاوزها ، سواء كان لتلك الدار باب آخر اليها أم الى غيرها من الطرق النافذة ؟ أو المرفوعة .

أما الطرق المرفوعة فلايجوز الا برضاء أهلها ، ولاحد الشركاء فيها الا باذن الباقين ، وكذا الاخلاف في جواز وضع الميازيب في الطرق النافذة ، واحتج عليه في التذكرة بأن الناس بأسرهم اتفقوا على وضع الميازيب ونصبها عـلـى سطوحهم قديماً وحديثا من غير انكار أحد منهم ، فكان اجماعاً هذا اذا لم يتضرر بوضعها أحد ، فان تضرر بوضعه وجب قلعه .

أقول : الاظهر الاستدلال على ذلك بأصالة الاباحة ، اذ لاشيء هنا مما ربما يتوهم المنع منه الا الاستطراق الذي هو حق للمسلمين ، والمفروض أنه لايضر به ، فيكون كوضعه مشرفا على الاماكن المباحة .

الثاني ـ يجوز فتح الروازن والشبابيك في الطرق النافذة بلااشكال ، وكذا في الطرق المرفوعة وأن استلزم ذلك الاشراف على جاره ، لما تقدم من أن المحرم هو الاشراف والتطلع ، لاالتصرف في الملك ، ليستفيد بذلك الاضائة في بيته .

نعم للجار وضع شيء في ملكه يمنع الاشراف عليه وان استلزم سد الضوء ،

ولافرق بين أن يكون لصاحب الحائط الذى فتح فيه الروزنة أوالشباك باب فـي تلك الدرب أم لا ، لان له رفع جميع الحائط ، و أن يضع عوضه شباكا فبعضه أولى.

نعم يمنع من فتح الباب لو لم يكن له باب قديم ، وان لم يستطرق فيه دفعاً للشبهة ، اعنى شبهة استحقاقه التطرق ، والمرور من تلك الطريق ، وبهذا يفرق بين فتح الشباك والروزنة بل رفع جميع الحائط ، وبين فتح الباب ، فان الشبهة المذكورة لاتترتب على الثلاثة الاول ، بل انما تترتب على الرابع ، فانه بعد تطاول الزمان واشتباه الحال يمكن الاستناد اليه فى استحقاق المرور والتطرق من تلك الطريق، بخلاف رفع الجدار فضلا عن الشباك والروزنة ، فانه لايقتضى استحقاق المرور به بوجه ، هذا كله اذالم يأذن أرباب تلك الطريق ، فلو أذنوا سقط .

البحث الثالث ــ لو كان فى السكة المرفوعة أبواب بعضها أدخل من الآخر فهل يشترك جميعهم فى جميع السكة فيكون الاستحقاق فى جميعها لجميعهم ، أم شركة كل واحد يختص بما بين رأس السكة وباب داره ؟ لان محل تردده هو ذلك المكان خاصة ، المشهور بين الاصحاب الثانى ، والوجه فيه أن المقتضى لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه ، فلايشارك فـى الداخل ، فحكمه بالنسبة الى هذا الداخل الزايد على بابه حكم الاجنبى من غير أهل السكة .

و قيل : بالاول ، فيشترك الجميع فى الجميع حتى فى الفضلة الداخلة عـن الابواب وهو صدر السكة ان كان ذلك ،وعلل باحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الاحمال، ووضع الاثقال عند الادخال والاخراج .

و قوى فى الدروس هذا القول ، و نقل القولين فى التذكرة عـن الشافعية ، وقال : ان أظهر الوجهين لهم الثانى ، والمسألة غير منصوصة عندنا ، الا أن الاوفق بالقواعد الشرعية هو القول المشهور ؟ ولو فضل فى صدر الزقاق فضلة عن الاستطراق فظاهر الاصحاب أن ارباب الابواب فيها سواء ولاأولوية لواحد على غيره لاستوائهم فـى الارتفاق بها . بخلاف ما بين البابين أو الابـواب ، فان أدخلية الباب تقتضى الاستطراق اليه ، وهو مختص بالمستطرق ، فيتحقق الترجيح ، فالادخل ينفرد بما

بين البابين ، وهكذا لو كانت اكثر من بابين ، ويشترك الجميع في الطريقين أعني صدر السكة الخالي عن الاستطراق ، لما تقدم ، وآخرها الزائد على الابواب ، لاشتراك الجميع في استطراقه ،

قال في التذكرة :فعلى المشهور عندنا ان الادخل عنده ينفرد بما بين البابين ، و يتشاركان في الطريقين، ولكل منهما الخروج ببابه مع سد الاول وعدمه، فان سده فله العود اليه مع الثاني ، وليس لاحدهما الدخول ببابه ويحتمله ، لانه قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ويستصحب ، وله رفع جميع الجدار فالباب أولى انتهى .

أقول : الظاهر ان هذا الاحتمال مبني على القول الاخر الذي تقدم تقويته عن الدروس ، والا فانه يشكل بناء على المشهور من حيث اختصاص تملكه بما يستطرقه ، وهو الى الباب الموجود يومئذ ، فاذخاله للباب الى داخل السكة مع أنه ملك غيره من اصحاب الابواب الداخلة مشكل .

و أورد المحقق الاردبيلي (رحمه الله) هنا عليهم اشكالا قد أشرنا اليه في الموضع السادس من المسئلة السابقة ، قال (رحمه الله) ثم هيهنا اشكال وهو أنهم قد حكموا بكون المرفوعة ملكا لكل من فيها ، فالهواء والارض كله ملك مشترك بين أربابها ، وأيضاً قالوا : لا يجوز لاحد التصرف باحداث الرواشن والاجنحة والساباط و فتح الابواب المستحدثة حتى لغير الاستطراق أيضاً ، وكذا وضع الميزاب ، سواء حصل الضرر أم لا الا باذن الارباب ، فمعه يجوز مطلقاً ، فهو مؤيد للاشتراك ثم حكموا هنا بالاختصاص بما بين البابين لذي الباب الادخل والاول ، الى أن قال : فكأنهم جوزوا ما حرموه .

و قد تقدمه شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، فانه أيضاً أشار الى ذلك ، ويتفرع على ذلك ما اشرنا اليه آنفاً من توقف وضع الجناح أو الروشن على اذن الجميع ، بناء على حكمهم بعموم الملك للجميع ، والتفصيل بما تقدم بناء على كلامهم هنا من اختصاص الداخل بما بين البابين .

الرابع ــ قال العلامة في التذكرة : يصير الموضع شارعاً بأمور أن يجعل

الانسان ملكه شارعاً وسبيلاً مسبلا و يسلك فيه شخص آخر ، أو يجيء جماعة أرض قرية أو بلدة ويتركوا مسلكاً نافذاً بين الدرب والمساكن ، ويفتحوا اليه الابواب ، أو يصير موضع من الموات جادة يسلك الناس فيها ، فلا يجوز تغييره ، وكل موات يجوز استطرافه ، لكن لايمنع أحد من احيائه بحصول الممر عليه ، فليس هو حكم الشوارع . انتهى .

وقال في الدروس: يجوز عمل سرداب في الطريق النافذ ، اذا أحكم ازجه ولم يحصر الطريق من وجهها ، ولو كان في المرفوع لم يجز وان أحكم الا باذنهم ، ومثله الساقية من الماء اذالم يكن لها رسم قديم ، ومنع الفاضل من عمل الساقية وان أحكم الازج عليها في النافذ ، أما لو بناها بغير أزج فانه يمنع منها اجماعاً ، ويجوز لكل أحد ازالتها انتهى .

المقام الثالث في الجدران :

والبحث فيها يقع في موارد : **الاول** ـ الجدار بين الملكين اما أن يكون لواحد من صاحبي الملكين ، أويكون مشتركا بينهما ، فانكان مختصا بأحدهما كان له التصرف فيه كيف شاء ، بهدم وبناء ونحو ذلك ، وليس للاخر وضع جذع ولاخشبته عليه الاباذن صاحبه ، و هذا كله مما لاخلاف فيه ولا اشكال ، وان كان مشتركا لم يجز لاحدهما التصرف فيه الا باذن الاخر ، كوضع وتد وفتح كوة و نحو ذلك ، حتى أنه عد في التذكرة من ذلك أخذ تراب ليترب به الكتاب ، فانه لايجوز الا باذن شريكه ثم استثنى من ذلك ما لايقع المضايقة به كالاستناد اليه ، واسناد المتاع اليه اذالم يتضرر الجدار بذلك ، وهذا الحكم عام في جدار الغير مطلقا ، لانه بمنزلة الاستظلال بجدار الغير ، والاستضائة بسراجه ، ولومنع المالك أوالشريك من الاستناد فهل يحرم أم لا ؟ جزم في التذكرة بذلك وتبعه في المسالك واستقرب في الدروس العدم لانتفاء الضرر قال في المسالك : وموضع الخلاف ما اذاكان المجلس للمستند والالم يجز اجماعاً .

الثاني: قالوا ، اذا التمس الجار وضع جذعه على حائط جاره لم يجب على جاره اجابته . نعم يستحب ، و استدل في المسالك على الاستحباب بماروى عنه (صلى الله عليه وآله) من قوله «من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلايمنعن جاره من وضع خشبة على جداره» .

أقول : لم أقف على هذا الخبر في كتب أخبارنا ، و الظاهر أنه من طريق العامة حيث انه نقل في المسالك أن بعضهم أجاز وضع الخشب بدون الاذن مستندا الى هذا الخبر .

و كيف كان فان عموم اخبار قضاء الحوائج للمؤمنين والتوصية بالجار ونحو ذلك مما يدل على الاستحباب في مثل ذلك ، فلا بأس به .

ثم انه لو أذن له في الوضع فله الرجوع في الاذن مالم يضعه اتفاقا ، أما لو وضعه فقيل : انه ليس له الرجوع لاقتضاء الاذن في ذلك الدوام والتأبيد كالاذن في دفن الميت في الارض ، وللاضرار الحاصل بالنقض حيث يفضى الى خراب ملك المأذون ، ذهب اليه الشيخ في المبسوط وجماعة ، والمشهور بين المتأخرين ، ومنهم المحقق والعلامة والشهيدان وغيرهم أن له الرجوع لانه عارية ، والاصل جواز تصرف المالك في ملكه بأى نحو كان ، قالوا : والحاقه بالدفن قياس مع الفارق ، لتحريم نبشه ، لامن حيث تخريب البناء والاضرار يندفع بضمان الارش .

أقول : و هذا الجواب جيد، الا أن بعضهم احتمل جواز النقض مجانا من غير أرش ، بناء على أن الاذن انما أفاد العارية ، ولازمها الرجوع متى أراد مع اصالة براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره عليه على تخليص ملكه منه ، بل اصالة البراءة مطلقا .

والقائلون بالاول استندوا الى أنه بناء محترم صدر بالاذن ، فلايجوز قلعه الابعد ضمان نقصه ، و لان فيه جمعاً بين الحقين ، ولانه سبب الاتلاف لاذنه ، والمباشر ضعيف ، لانه بالامر الشرعي .

ثم انه على تقدير وجوب الارش فهل هو عوض بما نقصت آلات الواضع بالهدم؟

أوهو عبارة عن تفاوت مابين العامر والخراب ؟ وجهان : اختار أولهما في المسالك، وزاد المحقق الاردبيلي (رحمه‌الله) وجها ثالثاً قال ، ويحتمل ثالثاً و هو جميع ما أخرجه المالك في الجدار بعد وضع قيمة الآلات الموجودة منه ، فتدخل فيه أجرة الاكار وغيرها وهو الاظهر انتهى .

ولو اتفقا على بقائه بالاجرة زال الاشكال .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر المحقق المذكور في شرحه على الارشاد الميل الى مذهب الشيخ في المبسوط في هذه المسئلة (١) قال (قدس سره) : وظاهر المصنف بل الاكثر جواز اخراج الخشب المعار ، وان كان مستلزما للخراب على المأذون ، فيعطى الارش ، ويحتمل عدم الجواز ، و هو مذهب الشيخ ، لان العارية في مثل هذا للتأبيد ، فكانه قال : أعرني بحيث يكون دائما عندي مادام الجدار ، ولا يكون لك الرجوع بوجه ، والتزم ذلك فصار لازماً ، لان المسلمين عند شروطهم، ولان الاصل في العقود اللزوم ، وخرجت العارية في غير محل النزاع بالاجماع ونحوه ، وبقي الباقي ولانه مستلزم للضرر، «ولاضرر ولاضرار في الاسلام»، ولا ينجبر بالارش ، اذ قد يكون بحيث لولم يعر الخشبة لسهل عليه تحصيل غير الخشب يبقى دائما ، وقد تخيل بقاؤه دائما ،وحينئذ يخرب ملكه ، وقد لا يوجد من يبني اويكون الخرج زائدا بكثير على الاول ولا يعارضه ان المنع أيضاً ضرر على مالك الخشب، لانه فعله بنفسه من غير اجبار ، مع أن العادة قاضية بأن مثل هذه العارية انما تكون للدوام ، فان أحداً لا يرتكب مثل هذه العارية مع تجويز رجوع مالكه اذا كان

(١) قال (قدس سره) :الثالث على تقدير ثبوت الارش فهل هو عوض ما نقصت آلات الواضع بالهدم أو تفاوت ما بين العامر والخراب ، وجهان : مبناهما على أن البناء اذا كان محترماً فهو بهيئته حق لبانيه فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامراً وخرابا ، لان ذلك هو نقص المالية، و من أن نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار فلا يضمن ، انما تضمن في نقصان الغير الذي كان سبب اتلافه وفواته وهو أقوى لان جميعه مال للواضع غايته كونه موضوعاً على ملك الغير وذلك الملك انما أثر جواز النقص لا المشاركة في المالية . انتهى . منه رحمه‌الله.

مستلزماً للخراب ، كما في العارية للدفن ، ولا ينفع الفرق بأن النبش حرام وأنه قياس ، لما تقدم ، ولأن الغرض التمثيل والتأييد ، على أنه قد يقال به ، لظهور العلّة المشتركة ، ويدفع الفرق بأنه على تقدير جواز الرجوع لا يكون النبش حينئذ حراماً ، بل يكون هذه من الصور المستثنيات الكثيرة .

ثم ان الظاهر على تقدير الجواز ما كان ينبغي وجوب الارش ، لأنه انما هو بسبب كونه عارية ، وهي جائزة دائماً ، والمالك قد أضر نفسه بقبول العارية الجايزة ، فكأنه جوز على نفسه الرجوع والتخريب لما بنى ، فكأنه المخرب والمهدم ، فلا يتوجه أنه سبب ، ومالك الخشب مباشر ، على أنه اذا كان جائزاً فله أن يجبر مالك الجدار بحكم الحاكم بدفع ماله اليه ، فيكون هو المباشر فتأمل ، انتهى

أقول : والمسئلة لخلوها عن النص محل توقف واشكال ، والاعتماد على هذه التعليلات في تأسيس الأحكام الشرعية مجازفة ظاهرة ، سيما مع تدافعها كما عرفت .

نعم يمكن تأييد مذهب الشيخ بما دل على وجوب الوفاء بالوعد من الآية والرواية ، فان هذه المسئلة وان كانت من قبيل العارية التى حكمها جواز الرجوع فيها ، الا أن قرائن الحال تشهد بأن المطلوب منها هنا الدوام ، فان المعير انما أعار جداره على هذا الوجه ، فلا يجوز له الرجوع بعد ذلك ، لما دل على وجوب الوفاء بالوعد ، ويؤيده حديث الوفاء بالشروط ، والله العالم .

تذنيبان :

الاول ـ قال في التذكرة : ان رفع صاحب الجذوع جذوعه لم يكن له اعادتها الا باذن جديد ، لأن الاذن الأول زال بزواله وكذا لو أذن في وضع روشن على حائطه أو جناح أو ساباط ، وهو أحد قولي الشافعي .

والثاني أن له الوضع عملا باستصحاب الاذن الأول وكذا لو سقطت الجذوع أو الروشن أو الساباط أو الجناح بنفسه ، ولو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة فكذلك ، لأن الاذن لا يتناول الآمرة ، وللشافعية وجهان ، ولو بناه بغير تلك الآلة

لم يعد الوضع إلا باذن جديد عندنا وعند الشافعية قولاً واحدا ، انتهى .

أقول : ماذكره من الاتفاق على التوقف على الاذن الجديد إذا كان البناء بغير تلك الالة مشعر بالخلاف فيما اذا بناه بتلك الالة ، الا أن ظاهره أن الخلاف إنما هو من الشافعية ، حيث قال : وللشافعية وجهان ، مع أن الشيخ قد صرح بذلك في المبسوط أيضاً ، ونقله عنه الاصحاب .

ومنهم العلامة في المختلف قال : إذا أذن له في وضع الجذوع على جداره ثم استهدم الجدار للمعير نقضه ، فإذا أعاده قال الشيخ في المبسوط : ان أعاده بتلك الآلة لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه ، وان أعاده بغير تلك الآلة كان له منعه ، وقيل : ليس له منعه ، والأول أقوى (١) ، ثم قال في المختلف : والوجه الاخير لنا أنها عارية ، وللمالك الرجوع فيها خصوصاً إذا لم يتضمن ضرر المستعير ، ولاضرر هنا ، لان ازالة الجذوع كان سائغاً ، مع ان الشيخ قال أولا : لو انهدم الحائط أو أهدمه المستعير لم يكن له الاعادة إلا باذن مستأنف ، وأى فارق بين الموضعين سوى مباشرة الهدم في الثاني دون الاول ، وتلك لاتوجب دوام الاعارة بل نقول أبلغ من ذلك ، وهو أن المالك لوهدم الحائط من غير حاجة لم يكن للمستعير الاعادة وان وجب عليه الارش ان قلنا به ، انتهى .

أقول : ومن أجل اضطراب كلام الشيخ واختلافه هنا كما سمعت من كلام المختلف لم يذكر كثير منهم خلاف الشيخ المذكور ، كما يشير اليه عبارة التذكرة ، وكأنهم أخذوا بقوله الموافق لما عليه الاصحاب من المنع من الرجوع مطلقا ، وأطرحوا هذا التفصيل الذى ذكره ، والقولان للشافعية ، والشيخ جمع

(١) أقول ومما افرعه الشيخ على هذا التفصيل ما لوحلف أن لايستند الى هذا الحائط ثم هدم وبنى بتلك الالة ، فانه يحنث ، قال فى المبسوط وقال العلامة فى المختلف : ويقوى فى نفسى أنه لايحنث لان الحائط الثانى ليس هو الاول ، لان الحائط عباره عن آلة وتأليف مخصوص ولا خلاف فى أن تأليفه بطل انتهى ، منه رحمه الله .

بين الحكمين المختلفين .

اذاعرفت ذلك فهنا شيء لم أعثر على من تنبه له ولانبه عليه و هو أن ما ذكره الشيخ من التفصيل المتقدم نقله محل الخلاف منه انما هو الشق الاول ، وهو ما اذا اعاد الجدار بتلك الالة فالشيخ حكم بأنه ليس له منعه من الاعادة ، والاصحاب حكموا بالمنع ، وظاهر العبارة المذكورة ان الخلاف انما هو في الثاني ، والعبارة بهذه الكيفية قد ذكرها في المبسوط ، كما في نقل المختلف ، والمعنى لايصح الا باسقاط لفظ ليس ، مع أنها موجودة في الكتابين ، وقول العلامة في المختلف و الوجه الاخير ثم علله بماذكره انما يتم بحذف ليس ، لانه هو الوجه الاخير الذى في مقابلة التفصيل الاول ، والمراد أن له منعه مطلقا فليتأمل . والله العالم .

الثاني : لووقع الصلح بينهما على وضع الخشب اوالجذوع على الجدار بشيء صح، لعموم ادلة الصلح الا أنه يشترط عندهم معرفة الخشب أو الجذوع الموضوعة طولا ووزنا ، لاختلاف ضرر الجدار باختلاف ذلك، وتكفي المشاهدة عن اعتبارها بما ذكر ، و لكن لابد من تعيين المدة و ضبطها ، هذا اذا كان الصلح قبل البناء ووضع الخشب .

وأما لو كان بعده فانه لايفتقر الا الى تعيين المدة خاصة ، لان الباقي صار معلوماً ، قالوا : ولو كان الجدار غير مملوك بل موقوفاً كجدار المسجد لم يجز التصرف بوضع شيء عليه الا باذن الحاكم الشرعي ، وليس له الاذن الا بعوض ، و في الجواز مع العوض بشرط عدم الضرر نظراً الى المصلحة بحصول العوض و عدمه نظراً الى أنه تصرف في الوقف بغيرما وضع له ، ولانه يثمر شبهة الاستحقاق بتطاول الازمان ـ وجهان : أجودهما الاخير ، وهو خيره الشهيدين في الدروس والمسالك .

الثالث ـ لوتداعيا جداراً فاما أن يكون لاحدهما عليه يدفي الجملة ، أم لايد بالكلية ،فعلى الثاني ان حلف عليه أحدهما مع نكول صاحبه قضي به للحالف،

وان حلفاهما معاً أونكلا قضي بهلهما انصافا ، وعلى الاول فاما أن يكون تلك اليد التي في الجملة مثل كونه في أرض أحدهما فانه يحكم له به ، أو يكون متصلا ببنائه اتصالا يبعد به كونه محدثا ، كتداخل اللبن والاحجار ، ومثلهما مالو كان لاحدهما عليه قبة أوغرفة أونحو ذلك فانه بجميع ذلك يصير صاحب يد ، فالقول قوله بيمينه مع فقد البينة ، وكذا لو كان لاحدهما عليه جذع أوجذوع ، لان حكم الجذع والجذوع حكم ما تقدم من المرجحات ، فيكون القول قوله مع يمينه ،

ونقل عن الشيخ هنا أنه لايقضى له بذلك ، قال في المبسوط : اذا تنازعا جدارا بين ملكيهما غير متصل ببناء أحدهما ، ولاحدهما عليه جذع أوجذوع له يحكم له .

وقال ابن ادريس : يحكم لصاحب الجذوع ، قال في المختلف : وهو مذهب والدي (رحمه الله) وهو المعتمد ، لنا أنه متصرف فيه ، وله عليه يد دون الاخر ، فيحكم مع عدم البينة له بعد اليمين ، كغيره من الاموال ، ثم قال : احتج الشيخ بقوله (صلى الله عليه وآله(١) «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» ولم يفرق ، وأيضاً فان هذا الحائط قبل طرح الجذوع كان بينهما نصفين بلاخلاف ، فمن قال بطرح الجذوع بغير الحكم عليه والدلالة ، بل يقال لصاحب الجذع ، أقم البينة على انك وضعت هذه الجذوع بحق ، فان اقامها ، والا كان على حاله قبل وضعها فيه ، وأيضاً فان وضع الجذوع قد يكون عارية لان في الناس من يوجب اعارة ذلك ، وهو مالك ، فانه قال يجبر على ذلك لقوله (عليه السلام) «لايمنعن أحدكم جاره أن يوضع خشبته على جداره» .

والجواب عن الاول أنا نقول : بموجب الحديث ، فان اليمين هنا على المدعى عليه وهو صاحب الجذوع ، لانه متصرف وذو يد ، فالقول قوله مع اليمين ، وعلى الاخر البينة ، لانه مدع وخارج .

---

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٠ ح ١ والوسائل ج ١٨ ص ١٧٠ و ١٧١

وعن الثاني أن التنصيف ثابت مع عدم التصرف لتساوي نسبتهما اليه ، كما لو تداعيا عيناً في يدهما أو يد ثالث لايعترف لاحدهما ، فانهما متساويان في الدعوى لعدم اليد ، أو لثبوتها لهما أما في صورة النزاع فان يد أحدهما ثابتة عليه ، فكان قوله مقدماً ، و الاصل وضع الجذوع بحق ، فلا يطالب صاحبها باقامة البينة على ذلك ، الا أن يثبت الاخر دعواه ، والاصل عدم العارية ، والتخريج على المذهب الفاسد فاسد ، انتهى كلامه (زيد مقامه) وهو جيد ،

ولو تفرقت هذه المرجحات بأن كان لاحدهما بعض ، وللاخر بعض ، بان كان البناء متصلاً ببناء كل منهما ، أو اختص أحدهما بالجذوع والاخر بالقبة أو الغرفة ، أو نحو ذلك حكم باليد لهما ، فيرجع الكلام الى ما تقدم من اختصاص الحالف مع نكول الاخر ، أو القسمة بينهما مع حلفهما أو نكولهما .

قالوا : ولايرجح دعوى أحدهما بالخوارج التي في الحيطان ، وهو كل ماخرج عن وجه الحائط من نقش ووتد ورف ونحو ذلك ، لامكان احداثه من جهته من غير شعور صاحب الجدار به ، ونحوها أيضاً الدواخل في الجدار كالطاقات غير النافذة ، والروازن النافذة لما ذكر ، وفيه على اطلاقه تأمل .

الرابع ـ الظاهر أنه لاخلاف بينهم في أنه لو انهدم الجدار المشترك وأراد أحد الشريكين عمارته دون الاخر ، فانه لايجبر الممتنع على المشاركة في عمارته ، وعللوه بأن الانسان لايجب عليه عمارة ماله .

وانما يبقى الكلام في موضعين : أحدهما ـ أنه لو أراد أحد الشريكين عمارته فهل يتوقف على اذن شريكه الممتنع ؟ أم يجوز البناء وان نهاه ؟ قولان : وعلل الاول بأنه مال مشترك ، فيمتنع التصرف فيه بدون اذن الشريك ، كما في جميع المشتركات ، وعلل الثاني بأنه نفع واحسان في حق الشريك حيث يعمر له حائطه ولايغرمه في نفقته ، ولاضرر عليه بوجه ، ونقل هذا القول عن الشيخ ، وفي المسالك قوى الاول .

وفي الحكم بقوته على اطلاقه اشكال ، لانه ربما يتضرر الشريك بترك عمارته

فيلزم من عدم الاذن له الاضرار به ، وحديث(١) « نفي الضرر والاضرار » يدفعه ، وربما قيل بالتفصيل بين اعادته بالالة المشتركة ، فلا يشترط رضاه ، و بين اعادته بآلة من عنده فيشترط ، لانه على الاول يبقى شريكاً كما كان ، بخلاف الثاني .

ثم انه قال في المسالك : وحيث يتوقف البناء على اذن الشريك ويمتنع رفع أمره الى الحاكم ليجبره على المساعدة أو الاذن ، فان امتنع اذن له الحاكم انتهى .

أقول : مقتضى ماقدمنا نقله عنه من تقويته القول الاول هو عدم جواز البناء لو لم يأذن ، وفيه ماعرفت آنفاً ، ومقتضى كلامه هنا هو أنه يجبر على الاذن ، أو يأذن الحاكم نيابة عنه ، وهو على اطلاقه أيضاً لايخلو عن اشكال ، لانهم صرحوا بأنه لايجب عليه عمارة ماله ، وظاهر كلامهم أنه أعم من أن يكون مشتركاً أو مختصاً به ، وسواء كان بنفقة ينفقها عليه أم لا ، فكيف يجبر على ذلك هنا ، والاظهر عندي انما هو التفصيل بما قدمنا ذكره من أنه مع ارادة الشريك التعمير وامتناع شريكه من ذلك ، فان كان في امتناعه ضرر على شريكه فانه يجوز للشريك التعمير من غير اعتبار اذنه ، فيسقط الاذن هنا أيضاً وقوفاً على حديث « نفي الضرر و الاضرار » والا فلا ، وقوفاً على ماذكروه من عدم وجوب تعمير الانسان ماله ، ولامدخل هنا للحاكم بوجه .

وثانيهما انهم قالوا : على القول باعتبار اذنه لو خالف وعمره بغير الاذن ، فهل للشريك نقضه ؟ احتمال من حيث تصرفه في ملك غيره ، وتغيير هيئته ووضعه الذي كان عليه ، فصارت الكيفية الثانية كأنها مغصوبة ، فله ازالتها .

وفصل في المسالك فقال : الاقوى العدم ، ان كان بناه بالالة المشتركة ، لان هدمه أيضاً تصرف في مال الغير ، وهو الشريك الذي بنى ، فلا يصح كالاول ، وانما تظهر الفائدة في الاثم ، والجواز ان كان بناه بغير آلته ، لانه عدوان محض ، وتصرف في أرض الغير ، فيجوز تغييره . انتهى .

أقول : يمكن تطرق المناقشة الى ماذكره (قدس سره) بأن البناء كما أنه

---

(١) الكافي ج٥ ص٢٩٢ ح٢ - الفقيه ج٣ ص١٤٧ ح١٨ - الوسائل ج١٧ ص٣١٩ ح١

مشتمل على الالة فهي أحد أجزائه فهي أيضاً مشتملة على الكيفية المخصوصة وهي أحد أجزائه، وكما يحصل العدوان والغصب بالبناء بغير آلته القديمة كما اعترف به، يحصل أيضاً بتغيير الهيئة والكيفية السابقة، وبه يظهر أن قوله فيما لو بناه بالالة المشتركة ـ ان هدمه أيضاً تصرف في مال الغير وهو الشريك الذى بنى ـ غير تام، لان هذا التصرف بناء على ما ذكرناه تصرف عاد غير جائز، فيجوز ازالته، وبما ذكرناه يظهر قوة الاحتمال الأول وضعف ماذكره من التفصيل.

ثم ان الموافق لما قدمناه من التفصيل بالضرر وعدمه أن يقال: انه على القول باعتبار الاذن لو خالف وعمره بغير اذنه، فان كان في نقضه ضرر على الشريك الذى بناه فليس للاخر نقضه، عملاً بالخبر المتقدم ذكره، والا فله نقضه، للعلة المذكورة في وجه الاحتمال من حيث التصرف في ملك الغير، وتغيير هيئته، ثم انه على تقدير تحريم الهدم لو هدمه الشريك لزمه الارش، كما لو هدمه ابتداء. والله العالم.

الخامس ـ قالوا: لو اختلفا في خص قضي به لمن اليه معاقد القمط، والخص بالضم البيت الذى يعمل من القصب، والقمط بالكسر حبل يشد به الخص، وبالضم جمع قماط، وهي شداد الخص من ليف، وخوص، ويستفاد من الفقيه أن الخص هو الحائط من القصب بين الدارين، وهو الاوفق بالاخبار الواردة في المسئلة، وكذا يفرض المسئلة في كلامهم.

والذى وقفت عليه من الاخبار ما رواه ثقة الاسلام والشيخ عن منصور بن حازم(١) في الصحيح عن أبي عبدالله (عليه‌السلام) قال: سألته عن خص بين دارين فزعم أن علياً (عليه‌السلام) قضى به لصاحب الدار الذى من قبله وجه القماط ورواه في الكافي بسند آخر في الصحيح أو الحسن عن منصور بن حازم(٢) مثله، الا أنه قال: عن حظيرة عوض خص، ورواه الصدوق باسناده عن منصور بن حازم مثله الا أن فيه «فذكر» عوض «فزعم»، وروى في الفقيه باسناده عن عمرو بن شمر

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩٦ ح ٩ ـ التهذيب ج ٧ ص ١٤٦ ح ٣٠٤
(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٩٥ ح ٣ التهذيب ج ٣ ص ٥٦ ح ١

عن جابر(١) « عن أبي جعفر عن أبيه عن جده عن علي (عليهم السلام) أنه قضى في رجلين اختصما اليه في خص فقال: ان الخص للذى اليه القمط ».

والاصحاب لم ينقلوا في هذه المسئلة الا الرواية الاخيرة، ولهذا قال في المسالك بعد نقله الرواية المذكورة: والطريق ضعيف، الأأن الاصحاب تلقوها بالقبول، وردها بعضهم ومنهم المصنف في النافع، وقال انها قضية في واقعة، فلا تتعدى، وحينئذ فحكم الخص حكم الجدار بين الملكين انتهى.

وقال المحقق الاردبيلي (قدس سره) بعد نقل ذلك عن المسالك وكانه أوفق بالاصول والقوانين، الأأنه يفهم من شرح الشرايع والتذكرة الاجماع عليه، ثم ذكر رواية منصور بن حازم المتقدمة، وقال: انها مروية بطريق صحيح، وبطريق آخر حسن، الى أن قال: فالمشهور لابأس به، ولااعتبار بماتقدم، وان احتمل كونها قضية في واقعة عرفها عليه السلام، فلاتتعدى، انتهى ملخصاً.

و صدر كلامه (رحمه الله) يميل الى ما ذكره في النافع من طرح الرواية، وجعل الخص المتنازع فيه كالجدار المتقدم ذكره، وحكم التنازع فيه، ثم ذكر رواية منصور المروية بطريق صحيح، وآخر حسن، ووافق المشهور في العمل بالرواية، ونفى الاعتبار بما ذكره أولا، الا أنه احتمل الوقوف على موردالخبرين من غير أن يتعدى الحكم الى غير الخص، والظاهر أن السبب في ذلك هوأن ظاهر الروايات المذكورة الاعتماد في ذلك على القراين، فهي تدل على اعتبار القراين في اثبات الاحكام الشرعية، مع أن الامر بحسب الشرع ليس كذلك، و حيث كانت الرواية بذلك متعددة مع صحة بعضها، وجب الوقوف فيها على موردها. والله العالم.

السادس ـ قد تقدم الكلام في أنه لو انهدم الجدار المشترك لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته، قالوا: و كذا لايجبر صاحب السفل ولاالعلو على بناء الجدار الذى يحمل العلو، والوجه فيه أنه لايجب على الانسان عمارة ملكه، لاجل

(١) الفقيه ج ـ٣ـ ص١٥٧ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ١٧٣ ح ٢.

الغير ، الاأن الشهيد في الدروس قيده بان لايكون لازماً بعقد ، بمعنى أن لايكون حمل جدار العلو اوالسقف لازماً على صاحب جدار السفلي بعقد لازم فلو كان واجباً عليه ، فانه يجبر و هو جيد ، ولو أراد صاحب الجدار الا على بناء الاسفل تبرعاً فهل لصاحب الجدار الاسفل منعه أم لا ؟ الكلام فيه كما تقدم في المورد الرابع ، وأطلق العلامة في التحرير أنه ليس له منعه ، هذا كله اذا انهدم الحائط بنفسه ، أوهدماه معاً .

أما لو هدمه أحدهما بدون اذن الآخر أو باذنه لكن بشرط أن يعمره ، فقد اختلف الاصحاب في ذلك ، فقيل : بأنه يجب عليه اعادته ، ونقل عن الشيخ (رحمه‌الله) وبه صرح المحقق في الشرايع ، والعلامة في الارشاد ، ونقله في المسالك عن التذكرة ، الا أن الذي وقفت عليه في التذكرة خلاف ما نقله ، كما ستسمعه ـ انشاءالله تعالى ـ من العبارة المشار اليها .

وقيل : بأن الواجب انما هو الارش ، صرح به العلامة في القواعد والتذكرة ، قال في التذكرة : لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير اذن صاحبه ، فان كان استهدامه في موضع وجوب الهدم لم يكن عليه شيء ، فان كان مما لايجب هدمه ، أو هدمه وهو معمور لايخشى عليه السقوط فقد اختلف قول علمائنا ، قال بعضهم ، يجبر الهادم على عمارته الى ما كان عليه أولا ، والاقوى لزوم الارش على الهادم ،لان الجدار ليس بمثلي .انتهى .

ومنه يظهر لك غلط ما في نقله في المسالك عن التذكرة من القول بوجوب الاعادة ، وقيل . بالتفصيل في ذلك كما ذكره في الدروس ، قال : ولوهدمه فعليه اعادته أن امكنت المماثلة ، كما في جدران بعض البساتين والمزارع ، والا فالارش ، والشيخ أطلق الاعادة ، والفاضل اطلق الارش انتهى .

وقال في المسالك بعد نقل ذلك عنه . وفيه مناسبة الا أنه خارج عن القواعد الشرعية لانتفاء المثلية في الفائت ، فانه محض صفة ، اذ الاعيان باقية ، والمماثلة في الصفة بعيدة ، والقول بالارش مطلقا أوضح .

وظاهر المحقق الاردبيلي الميل هنا الى ما ذكره في الدروس ، فانه بعد أن

ذكر الاعتراض علـى القول بالاعادة ، بأن ضمان المثل انما يكون فـي المثلي ، والجدار قيمي لامثلي ، و ذكر أن القائل بذلك استند الى ما في التذكـرة قال : ولايخفى أن الاعادة غير بعيدفيما أمكن المماثلة في الجملة ، وان كان الجدار قيمياً باصطلاحهم .

الا أن العـرف قـد يقضي بالمماثلة في بعض الجدران ، وعدم دقـة فيها اذاكان المطلوب الحائل والمانع ، ولايريدون في أمثال ذلك غير تلك المماثلـة في الجملة . فليس ببعيد الاكتفاء فـي أمثاله بهذا المقدار ، فان العقـل يجدأن لاتكليف في أمثاله الابالمثل ، وهو المضمون ، ويؤيده أن الارش بعيد ،فانه لايسوى بعد الهدم الابشيء قليل جداً ، والجدار الصحيح تكون له قيمة كثيرة ، بل المناسب على القول بالارش أن يراد به ما يحتاج في تعميره بمثل ذلك التعمير ، وفيه أيضاً تأمل اذ قد يتفاوت العمل و الاجرة كثيراً فتأمل الى أن قال ـ بعد ذكر قوله في المسالك في الاعتراض على كلام الدروس أنه خارج عن القواعد الشرعية والخروج عن القواعد لوجه اذالم تكن مأخوذة من النص الصريح لابأس به . انتهى .

أقول : والمسألة كنظايرها محل اشكال ، لعدم المستند الواضح لشيء من هذه الاقوال ، وتدافع التعليل في كل منها والاحتمال ، وان كان كلام الدروس لايخلو من قرب في هذا المجال . والله العالم .

السابع ـ المشهور أنه اذاكان البيت لرجل وعليه غرفة لآخر فتداعيا جدران البيت فانه يحكم به لصاحب البيت بيمينه ، ولو تداعيا في جـدران الغرفة ، فالقول قـول صاحبها بيمينه ، والوجه في ذلك أن جـدران البيت جزؤه ، وجدران الغرفة جزؤها ، فيجب أن يحكم بهما لصاحب الجملة .

ونقل عن ابن الجنيد أن جدران البيت بينهما معا ، لان حاجتهما اليه واحدة بخلاف جدران الغـرفة ، اذ لاتعلق لصاحب البيت بها ، قال فـي المختلف : قال فـي المبسوط : لـو تنازع صاحب البيت و الغرفـة فـي حيطان البيت قضى بـه لصاحب البيت .

وقال ابن الجنيد : لو كان على رأس الدرج روشن ليستطرقه صاحب العلو وهو على منزل صاحب السفل كان الروشن لصاحب العلو ، واجذاع السقف و بواريه وجميع آلة السقف لصاحب العلو ، والحيطان الحاملة له بينهما مع موضعها من الارض ، وكانه نظر الى أن لكل من صاحب العلو و السفل يداً عليه ، و تصرفا فيه ، ولا بأس بهذا القول انتهى ، وظاهره الميل الى ماذكره ابن الجنيد .

وقال في المسالك أيضاً : أنه قول جيد ، لكن الاول أجود ، ولو كان التنازع في سقف البيت الذى هو أرض الغرفة فقد اختلف فيه كلامهم ، قال في المبسوط : فان لم يكن لاحدهما بينة حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ، فان حلفا كان بينهما نصفين ، والاحوط أن يقرع بينهما فمن خرج منهما حلف وحكم له به ،وقال في المختلف يقرع بينهما ، فمن خرج اسمه حلف لصاحبه ، وحكم له به ، وان قلنا أنه يقسم بينهما نصفين كان جائزا ،واستدل باجماع الفرقة على أن كل مجهول يستعمل فيه القرعة ،وهذا من الامر المشتبه .

وقال ابن ادريس : يحكم لصاحب الغرفة بالسقف ، وقد تلخص من ذلك أن في المسئلة أقوالا ثلاثة ، القول باستوائهما فيه ،وهو قول الشيخ في المبسوط ، وقواه في الدروس : ووجهه اشتراكهما في الانتفاع به ، لانه سقف لصاحب البيت ، وأرض لصاحب الغرفة .

والقول بالقرعة ، وهو للشيخ أيضاً كما عرفت ،واستحسنه المحقق في الشرايع، ووجهه ما تقدم في كلام الشيخ ، وربما أورد عليه بمنع الاشتباه هنا ، لان رجحان أحد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبة الى الحكم ، وعندى فيه نظر ، اذ المفروض أنه لا نص في المسئلة ، والمرجح في نظر الفقيه بمجرد هذه التخريجات لايخرج الحكم عن الاشتباه ، ان جوزنا للفقيه الترجيح بمثل ذلك ، والا فهو محل المنع أيضاً ، فان الحكم في المسائل الشرعية موقوف على النصوص من الكتاب والسنة : فلاتثبت بمجرد هذه التقريبات العقلية سيما مع تصادمها كما عرفت في أكثر مسائل هذا الباب .

و القـول الثالث الحكم به لصاحب الغرفة ، و هو مذهب ابن ادريس ، وهو الظاهر من عبارة ابن الجنيد المتقدمة ، واختاره العـلامة في جملة من كتبـه ، واليه يميل كلامه في المسالك ، واستدل عليه في المختلف قال : لنا أن الغرفة انما يتحقق بالسقف ، اذ هو أرضها ، والبيت قديكون بغيرسقف ، وقد اتفقا على أن هنـا غـرفـة لصاحبها ، وبـدون السقف لا غـرفـة ، ولان تصـرفـه فيها دون صاحب السفلى .

أقول : ومرجعه الى أن السقف وان أمكن الانتفاع به لهما الا أنه بالنسبة الى صاحب الغرفة أغلب ، وفي حقه أضر فيكون الترجيح باعتبار أغلبية الحاجة وأضريتها ، ويرد عليه حينئذ أن ذلك يجرى فى جـدران البيت الذى قد تقـدم اختياره فيها القول بالاشتراك ، من حيث أن كلاً منهما صاحب يد ، مع أن البيت لايوجـد الا بالجدران ، لانها اجزاؤه ، ولا وجـود للكل بدون الجزء ، بخـلاف الغرفة ، فانها يمكن أن تبنى على الاعمدة والاساطين ، ولا يتوقف على الجدران فيرجع الامر هنا الى أنهما وان اشتركا فى الانتفاع بها الا أن صاحب البيت أضره بعين ماقاله فى السقف : فان قيل : ان مافرضتموه نادر ، قلنا : وجود البيت بدون السقف كذلك أيضاً ، وبذلك يظهر لك ما فى بناء الاحكام الشرعية على امثال هذه التقريبات العقلية من المجازفة الظاهرة .

قال في المسالك : موضع الخلاف السقف الذى يمكن احداثـه بعد بنـاء البيت ، أما ما لايمكن كالازج الذى لا يعقل احداثه بعـد بنـاء الجدار الاسفل ، لاحتياجه الى اخراج بعض الاجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ، ليكون حاملاً للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف والجدران ، وهو دخول آلات البناء من كل منهما فى الاخر ، فان ذلك دليل على أنه لصاحب السفل ، فيقدم قوله فيه بيمينه . انتهى . وهو كذلك والله العالم .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

المقام الرابع في مسائل متفرقة من هذا الباب

الاولىــ المشهور أنه اذا خرجت أغصان الشجرة الى ملك الجــار وجب على مالك الشجرة عطف تلك الاغصان ان أمكن ، والا قطعها ، لانه يجب عليه تفريغ أرض الغير وهواه من ماله كيف ما أمكن ، و ان امتنــع المالك من ذلك فلمالك الارض والهـواء تولى ذلك ، مقــدماً للعطف على القطــع ان أمكن ، ولا يتوقف مالك الارض مــع امتناع مالك الشجرة على اذن الحاكم ، لان سبيل هذا الحكم سبيل بهيمة دخلت في ملكه ، فان له اخراجها من غير توقف على اذن الحاكم ، قالوا : وهكذا الحكم في العروق .

وربما قيل : بجواز ازالة مالك الارض لها من دون مراجعة مالك الشجرة لان ازالة العدوان عليـه أمر ثابت له ، وتوقفه على اذن الغير ضرر ، ويؤيده ماتقدم من جواز اخراج البهيمة الداخلة في ملكه من غير مراجعة مالكها ، والمفهوم من كــلام العــلامة في التذكرة أنه لايجب على مالك الشجرة ازالــة الاغصــان المذكورة ، وان جاز لمالك الارض ، مستنداً الى أنه ليس من فعله ، فلا يجــبر على ازالته ، و هو خلاف ماتقدم من القــول المشهور : ومرجع القولين الى أنه هل يجب على الانسان تفريغ أرض الغــير من ماله اذا لم يكن ذلك بفعله أو لا يجب عليه ولا يخاطب به ؟ وانما يكون الحكم متعلقاً بصاحب الارض ، فان شاء تفريغ أرضه من مال الغير فله ذلك ، وجهان : ولايحضرني الان دليل على ترجيح أحد الوجهين .

ولو قطع الاغصان المذكورة مالك الارض مــع امكان عطفها ضمن بلا اشكال لكن هل يضمن جميع ماقطعه أم تفاوت مابينه وبين المعطوف اشكال ، من التعدى بالقطع فيضمنه ، ومن أن العطف حــق له ، وما يفوت به في حكم التالف شرعاً ، فلا يضمن الا التفاوت ، ولعل الثاني أقرب .

وفي حكم أغصان الشجرة التراب المنتقل من ملكه الى ملك غيره ، والحائط المايل في هــواء الغير فيجب المبادرة الى تخليص الارض والهــواء منهما ، ولو

ملكه التراب وقبله سلم من نقله ، و ان امتنع من قبوله وجب نقله ، وان شق لما تقدم ، هكذا قالوا ، وفيه ماعرفت من التردد .

ولو صالحه على ابقاء الاغصان المذكورة في الهواء فالمشهور الصحة ، ومنع منه الشيخ ، بناء على أصله المتقدم ذكره من تفريع الصلح على البيع ، وأن الهواء تابع لايصح افراده بالبيع ، و قد تقدم نظير هذه المسئلة في الموضع السادس من المقام الاول .

بقي الكلام هنا في أن الشيخ قد علّل ذلك بعلّة اخرى ، فقال : لو صالحه على ابقاء الغصن البارز الى ملك الغير في الهواء لم يصح ان كان رطباً ، لانه يزيد في كل حال ، ولا يعرف قدره ، وكذا ان كان يابساً لانه يتبع الهواء من غير قرار وذلك لايجوز . انتهى ، ومرجع المنع اذا كان رطباً من حيث المجهولية في المصالح عليه ، فلابد من معلوميته .

قال في المسالك بعد قول المصنف ولو صالحه على طرحه على الحائط جاز مع تقدير الزيادة أو انتهائها مالفظه : والمراد بقوله مع تقدير الزيادة أو انتهائها ان الاغصان ان كانت قد انتهت في الزيادة ، بحسب ظن أهل الخبرة صح الصلح على ابقاعها مطلقا ، و ان كانت أخذت في الزيادة فلابد من تقدير الزيادة ليكون الصلح مضبوطاً ، ولابد مع ذلك من تقدير مدة الاقامة ، فلا يصح المؤبد على ماذكره الجماعة . انتهى .

وحينئذ فالخلاف بينه و بين الاصحاب انما هو في صورة عدم الزيادة بأن يكون يابساً أو قد تناهت زيادته بحيث لايزيد على ذلك بحسب نظر أهل الخبرة .

الثانية ـ قالوا : اذا كان لانسان بيوت الخان السفلى : ولآخر بيوته العليا وتداعيا الدرجة ، فانه يقضى بها لصاحب البيوت العليا مع يمينه ، لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك الى بيوته العليا وان كانت موضوعة في الارض التي هي لصاحب البيوت السفلى ، لان مجرد ذلك لا يوجب اليد ، وكما يحكم بها لصاحب العليا ، فكذا محلها ، هذا مع اختلافهما أيضاً في الخزانة التي تحت الدرج .

أما لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب البيوت السفلى ، وانما النزاع في الدرج

خاصة ، فانهم قالوا : ان الدرج حينئذ كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل ، فيجرى فيه الخلاف السابق ، فعلى تقدير القول ثمة بأن السقف لصاحب الغرفة ، فانه يحكم هنا بالدرجة للاعلى مطلقا ، سواء اختلفا فى الخزانة أم اتفقا على أنها للاسفل ، وانما يتجه الفرق على تقدير القول بالاشتراك ، فانه مع الاتفاق على الخزانة يجعل الدرج هنا مشتركاً بينهما كالسقف ثمة ، أما مع الاختلاف فيها فالحكم فى الدرج ماتقدم من كونها للاعلى مع يمينه .

ولو تداعيا فى الخزانة التى تحت الدرج خاصة كانا فى دعويها على السواء ، والوجه فيه أن لكل منهما شاهداً بالملك ، أما صاحب الاعلى فلأنك قد عرفت أن له الدرجة : فيكون مكانها كذلك ، وان كان مكانها الهواء : لان الهواء كالقرار وأما صاحب الاسفل فلانها متصلة بملكه ، بل هى من جملة البيوت السفلى ، وحينئذ فيقضى بها لهما بعد التحالف أو النكول كما تقدم .

أقول : ويمكن ترجيح دعوى صاحب الاسفل بأن يقال : أنه قد ثبت أن الهواء تابع للقرار ، ولهذا منع الشيخ كما تقدم من بيعه والصلح عليه منفرداً عن القرار ، فالاصل فيه حينئذ أن يكون تابعاً للقرار ، و مجرد وضع الدرجة فيه لايستلزم الملك ، وتبعيته للدرجة فى ذلك ، لانه أعم من ذلك .

و لو تداعيا الصحن قالوا : ان ما يسلك فيه الى العلو يكون بينهما ، وما خرج عن ذلك فهو لصاحب الاسفل : و الوجه فيه أن صاحب العلو لما افتقر سلوكه اليه الى التصرف فى قدر الممر كان له اليد عليه بذلك ، دون باقى الصحن ، فلايدله عليه ، و لماكان صاحب الاسفل يشاركه فى الانتفاع بذلك القدر متعداً أو مجيئاً كان له يد عليه أيضاً ، فاقتضى ذلك الشركة فيه ، دون ما زاد ، لاختصاص صاحب الاسفل به ، وعلى هذا لو كان المرقى الى العلو خارجاً عن الدهليز لم يكن لصاحب العلو مشاركة فى العرصة ولا فى الدهليز بالكلية ، اذ لا يدله على شىء منهما ولو كان المرقى فى وسط الصحن فمن أول الدهليز الى المرقى بينهما لتصرفهما فيه ، وما وراء ذلك فهو لصاحب الاسفل .

الثالثة ـ لو تنازع راكب الدابة وقابض لجامها ، فقيل : انه يقضى بها

للراكب ، لقوة يده وشدة تصرفه بالنسبة الى القابض ، وهو قول الشيخ في المبسوط فانه قال : انه يحكم بها لأقواهما يداً وأكدهما تصرفاً ، وهو الراكب ، وبه قال المحقق في الشرايع والعلامه في المختلف .

وقيل : هما سواء في الدعوى وهو قول الشيخ في الخلاف : قال : اذا تنازعا في دابة وأحدهما راكب ، والاخر أخذ بلجامها ولم يكن مع أحدهما بينة ، جعلت بينهما نصفين ، لعدم دليل على وجوب تقديم أحدهما على الاخر. انتهى وبه قال ابن ادريس .

وقال في المسالك : ووجه التسوية اشتراكهما في اليد ، وقوتها لامدخل له في الترجيح ، ولهذا لم يؤثر في ثوب بيد أحدهما أكثره كما سيأتي . نعم مع الراكب زيادة التصرف ، الا أنه لم يثبت شرعاً كونه مرجحاً ، و تعريف المدعي والمنكر منطبق عليهما ، بتفسيراته ، و حينئذ فالقول بالتساوي أقوى بعد أن يحلف كل منهما لصاحبه اذا لم يكن بينة . انتهى .

أقول : فيه أن ماذكره هنا جار في التنازع في السقف الذي بين الغرفة والدار السفلى ، مع أنه قد اختار هناك القول باختصاص صاحب الغرفة به لقوة يده ، فانه قال بعد نقل تعليل العلامة الذي قدمنا نقله ثمة : مالفظه ولان تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى ، والفرق بين المسئلتين غير ظاهر .

و قال في المسالك أيضاً تفريعاً على ما اختاره : ولا عبرة عندنا بكون الراكب غير معتاد قنية الدواب ، والمتشبث معتاداً لذلك : وما ذكر حكم الدابة ، أما اللجام فلمن في يده ، والسرج لراكبه .

أقول : مقتضى ترجيحهم بالقرائن في أمثال هذه المقامات كما تقدم في غير موضع أنه لا مانع من الترجيح هنا أيضاً بما منعه من كون الراكب غير معتاد لقنية الدواب ، وقابض اللجام معتاداً لذلك .

و يؤيده ماذكره المحقق الاردبيلي هنا حيث قال : ويمكن اعتبار القرائن مثل كون الدابة بحيث يعلم عادة كونها للراكب ، دون القابض : فيحكم له

أو بالعكس .

وأما ماذكره بالنسبة الى اللجام والسرج فانه رده المحقق المتقدم ذكره بالبعد ، قال : أنه يبعد أن يكون اللجـام لشخص ، والدابة لاخـر ، وكذا الجل والرحل فالحكم غير واضح ، انتهى .

أقول : ويؤيده ما تقدم في غير مقام من أن الاحكام انما تبنى على الافـراد المتكررة الغالبة ، دون الفروض النادرة .

وكيف كان فان الحكم في هذه المقامات بمجرد هذه التعليلات من غـير وجود نص واضح لايخلو من مجازفة . والله العالم .

الرابعة ـ قيل : لو تنازعا ثوباً في يديهما لكن في يـد أحدهما أكثره ، فهما سواء فيه لاشتراكهما في مسمى اليد ، ولا ترجيح لقوتها : والفرق بـين هذه المسئلة وسابقتها عنـد هذا القائل هـو أن التصـرف الذى كان مـع الراكب بالركوب زايداً على اليد ، منتف هنا فاختلف الحكم لذلك .

وأما على ماذكره في المسالك في ما قدمنا نقله عنه من أنه يثبت شرعـاً كونه مرجحاً يصير حكم المسئلتين من باب واحد ، فيحكم بالتساوى فيهما بعد حلف كـل منهما لصاحبه ، قال فـي المسالك : نعم لوكان أحدهما لابساً للثوب والاخر ممسكاله فهى كمسألة الراكب والقابض ، لزيادة تصرف اللابس على اليد ، وربما قيل هنا : بتقديم اللابس ، لان الظاهر أنه لم يتمكن من لبسه ، الاوهوغالب مستقل باليد انتهى .

أقول : الظاهر أن هذا القول هنا يجرى مجرى القول بتقديم الراكب فـي مسئلة تنازع الراكب و القابض ، لانهما مشتركان فـي زيادة التصرف بالركوب واللبس على مطلق اليد في كل من الموضعين ، ومقتضى ما ذكره في المسالك في تلك المسئلة من عدم ثبوت الترجيح بذلك ، ينبغى ان يجرى في هـذا الموضع بمقتضى حكمه بالمساواة بين المسئلتين ، الاأنه أغمض النظر هنا عن ذلك ، وربما

أشعر كلامه هنا و اعراضه عن المناقشة بأن الحكم في الراكب و القابض هو ترجيح الراكب ، مع أنه خلاف ما قدمه ، و سيأتي انشاءالله تعالى ما يوضح ذلك أيضاً .

الخامسة ـ لو تداعيا جملاكان بيديهما بان كانا قابضين لزمامه ، ونحوذلك مما يكون به كل واحد منهما ذايد، ولاحدهما عليه حمل، قالوا: ان القول قول صاحب الحمل ، لان وضع الحمل يستدعي كمال الاستيلاء ، فيرجح به صاحبه ، و لو كان لاحدهما حمل ، ولايد للاخر فانه لاشبهة في الترجيح لصاحب الحمل ، و لو كان أحدهما قابضاً لزمام الحمل، وللاخر عليه حمل، كان كمسئلة الراكب والقابض ، بل الحمل أقوى دليلا على كمال الاستيلاء من الركوب . فان الركوب أسهل تعلقا من الحمل ، ولم ينقلوا في هذا الحكم خلافا ، وظاهره في المسالك القول بذلك على جميع هذه الوجوه ،خصوصاً انه قال بعد ذكره نحوما ذكرناه ، وفي الدروس جعل حكم الراكب ولابس الثوب وذي الحمل سواءً في الحكم ،وهو كذلك انتهى ونحوه في الروضة .

وفيه كماترى مخالفة ظاهرة لما قدمه في مسئلة الراكب و القابض ، حيث اختار التساوي ثمة ، وطعن في زيادة التصرف بالركوب بأنه لم يثبت شرعاً كونه مرجحا ، و في هذا الموضع وافق الدروس في حكمه بترجيح الراكب و اللابس وذي الحمل ، وتقديم قول كل منهم بيمينه ، فانه قد صرح في الدروس واللمعة بذلك، والمسئلتان في صفحة واحدة ليس بينهما الأسطر يسيرة ، و مثل ذلك وقع له في الروضة أيضاً ، وهو عجيب من مثله (قدس سره) .

السادسة ـ قالوا : لو تداعيا غرفة على بيت أحدهما ، وبابها الى غرفة الاخر كان القول قول صاحب البيت ، لانها موضوعة في ملكه ، فان هواء بيته ملكه ،لانه تابع للقرار ، ومجرد فتح الباب الى الغير لايثبت به اليد ، ولاالملك ، فيقدم صاحب البيت بيمينه ، هذا اذا لم يكن من اليه الباب متصرفا في تلك الغرفة بالسكنى ونحوه ، والاقدم قوله، لان يده عليها بالفعل ، فان التصرف مقتض لذلك ، ويد صاحب

الهواء انما كانت بالتبعية ليده على القرار ، واليد الفعلية اقوى من التابعة ، ويحتمل التساوى لثبوت اليد من الجانبين و عدم تأثير قوة اليد كما تقدم .

أقول : والحكم الاول لااشكال فيه وأما الثاني فانه لايخلو من الاشكال ، وان كان ما ذكروه اقرب . والله العالم .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كتاب الشركة

وهي بكسر الشين واسكان الراء وبفتح الشين وكسر الراء :والبحث فيهذا الكتاب يقع في فصول .

الاول ـ في حقيقة الشركة وما يتبعها ، و فيه مسائل: الاولى ـ قدعرف المحقق في الشرايع الشركة بأنها اجتماع حقوق الملاك فيالشيء الواحد على سبيل الشياع ، ونحوه العلامة في التذكرة .

وقال في التذكرةأيضاً : وسببها قديكون ارثاًأوعقداً أومزجاً أوحيازة بأن يقتلعا شجرة أويغرفاماء دفعة ، وظاهر الشهيد الثاني في المسالك اعترافهم فيما ذكروه من هذاالتعريف ، حيث قال : انالشركة تطلق على معينين ، أحدهما ما ذكرهالمصنف ، وهذاالمعنيهو المتبادر من الشركةلغة وعرفا ، الاأنه لامدخل له في الحكم الشرعيالمترتب علىالشركة من كونها من جملة العقود المفتقرة الى الايجاب والقبول ، والحكم عليها بالصحةوالبطلان ، فان هذاالاجتماع يحصل بعقد و غيره بل بغيره أكثر ، وثانيهما عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع فيه ، وهذا هوالمعنيالذى به تندرج الشركة في جملة العقود ، ويلحقها الصحة والبطلان .

واليه يشير المصنف فيما بعد بقوله قيل : يبطل الشركة ، أعني الشرط والتصرف ، و قيل : يصح ، ولقدكان على المصنف أن يقدم تعريفها على ما ذكره ،

لانها المقصود بالذات هنا ، أوينبه عليهما معاً على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتها وأحكامها ، ولكنه اقتصر على تعريفها بالمعنى الاول الى آخر كلامه .

أقول : لايخفى على من تأمل الاخبار الجارية في هذا المضمار أنه لايفهم منها معنى للشركة غير ما ذكره الفاضلان المتقدمان و نحوهما ، كالشهيد في اللمعة وغيره ، وهو المتبادر لغة وعرفاً من لفظ الشركة ، وهذا المعنى الثاني الذى ذكره لايكاد يشم له رائحة منها بالمرة .

و من الاخبار الواردة في الباب صحيحة هشام بن سالم(١)عن أبي عبدالله (عليه السلام) ، «قال : سألته عن الرجل يشاركه في السلعة ، قال : ان ربح فله ، وان وضع فعليه» .

و موثقة محمد بن مسلم (٢) «عن أبي جعفر (عليه السلام) قال : سألته عن الرجل يشترى الدابة و ليس عنده نقدها فاتى رجلا من أصحابه فقال يا فلان انقدعني ثمن هذه الدابة والربح بيني وبينك فنقد عنه فنفقت الدابة ، قال : ثمنها عليهما لانه لوكان ربح فيها لكان بينهما ، وبمضمون هذه الرواية اخبار عديدة(٣) .

وصحيحة ابن رئاب (٤) «قال : قال أبو عبدالله (عليه السلام) لاينبغي للرجل المسلم ان يشارك الذمي ولا يبضعه بضاعة ولا يودعه وديعة ولا يصافيه المودة» .

ورواية الحسين بن المختار (٥) «قال : قلت لابي عبدالله (عليه السلام) الرجل يكون له الشريك فيظهر عليه أنه قد اختان منه شيئا ، أله أن يأخذ منه مثل الذى أخذ من غير أن يبين له ؟ فقال : شوه ، لهما انما اشتركا بأمانة الله وأني لاحب له ان

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٣ ح ٧٢ والوسائل ج ١٣ ص ١٧٤ ح ١و٢

(٣) الظاهر من رواية محمد بن مسلم وأمثالها أن منشأ الشركة هنا وسببها هو الصلح على أن ينقد عنه ثمن المبيع ويشركه فيه بالمناصفة . منه رحمه الله .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ١ الكافي ج ٥ ص ٢٨٦ ح ١ الوسائل ج ١٣ ص ١٧٦ ح ١

(٥) التهذيب ج ٧ ص ١٩٢ ح٣٥ الوسائل ج ١٣ ص ١٧٨ ح ١

رأى منه شيئاً من ذلك أن يستر عليه وماأحب له أن يأخذ منه شيئاً بغير علمه»(١) الى غير ذلك من الاخبار الاتية في محالها انشاءالله تعالى .

فهل تجد للشركة فيها معنى غير المعنى الاول ، وهو اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الاشاعة ، وأى قرينة فضلا عن الدلالة على العقد المذكور . نعم قد يكون سببها العقد كما تقدم بان يشترى اثنان مالا اتصافاً او اثلاثاً أو يشترى نصف حيوان بنصف حيوان آخر ، وقد يكون سببها الارث ، ونحوه مما تقدم ، و عرفها بعضهم شرعاً بأنها عقد جائز من الطرفين ، الى آخر ما تقدم في كلام الشهيد الثاني ، و أنت خبير بما ذكرنا بأنه لاعقد بالكلية ولاعاقد ، و انما الشركة هي اجتماع الاموال على الوجه المذكور ، فلامعنى لوصفه بالجواز.

نعم ، البقاء على حكمه أمر جايز بمعنى أنه لايجب عليه الصبر على الشركة، بل يجوز رفعها ، وأخذ حصته ، ثم بعد اجتماع هذه الاموال واشتراكها وامتزاجها لايصح لاحد الشركاء التصرف فيها الا باذن باقي الشركاء ، واذا أذن كل منهم لصاحبه صح التصرف في مال نفسه ومال غيره ، وهذه ثمرة العقد عندهم .

قال في التذكرة : الثاني الصيغة ، وقد بينا أن الاصل عصمة الاموال على أربابها وحفظها لهم ، فلايصح التصرف فيها الا باذنهم ، و انما يعلم الرضا و الاذن باللفظ الدال عليه ، فاشترط اللفظ الدال على الاذن في التصرف و التجارة ، فاذا أذن كل واحد منهما لصاحبه صريحاً فلاخلاف في صحته .

---

(١) الظاهر أن النهي في هذه الرواية عن أخذ عوض ما خانه محمول على الكراهة و يشير اليه قوله وما أحب والامر بالستر عليه و بذلك صرح ابن ادريس في كتابه حيث قال : ومتى عثر احد الشريكين على صاحبه بخيانة فلايدخل هو في مثلها اقتصاصاً منه ، وذلك على طريق الكراهة دون الحظر لانه اذا تحقق أخذ ماله وعلم ذلك يقيناً فله أخذ عوضه ، وانما النهي على طريق الكراهة والاولى والافضل انتهى . وقال ابن الجنيد اذا وقف أحد الشريكين على أن شريكه قد خانه لم يجز له أن يخونه ، و هو صريح في التحريم والظاهر هو الاول وبه صرح العلامة في المختلف ايضاً . والله العالم . منه رحمه الله .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

انتهى .

وظاهره بل صريحه كما ترى أن مجرد الاذن كاف في جواز التصرف والتجارة ونحو ذلك ، وان عبّر عنه بلفظ الصيغة الموهم للعقد .

ومثل هذا الكلام كلام الشهيد في اللمعة أيضاً حيث قال : كتاب الشركة وسببها قد يكون ارثاً أو عقداً أو مزجاً بحيث لايتميز ، الى أن قال : وليس لاحد الشركاء التصرف الا باذن الجميع ، لقبح التصرف في مال الغير ويقتصر على التصرف المأذون ، فان تعدى ضمن ، قال الشارح بعد ذكر هذه العبارة الثانية : واعلم أن الشركة كما تطلق على اجتماع حقوق الملاك في المال الواحد على أحد الوجوه السابقة ، كذلك تطلق على العقد المثمر جواز تصرف الملاك في المال المشترك ، وبهذا المعنى اندرجت الشركة في قسم العقود ، وقبلت الحكم بالصحة والفساد ، لا بالمعنى الاول ، والمصنف أشار الى المعنى الاول بما افتتح به من الاقسام ، والى الثاني بالاذن المبحوث عنه هنا . انتهى .

أقول : مرجع كلامه السابق وكلامه هنا الى أن ارتكاب هذا التكلف انما هو لاجل ادخال الشركة في قسم العقود ، حيث نظموها في هذا السلك ، وفيه أن هذا انما يتم لوثبت ذلك شرعاً أو لغة أو عرفاً ، وشيء من هذه الامور غير حاصل . أما عدم ثبوت الاخيرين ، فقد اعترف به فيما مضى من كلامه .

وأما الاول فلما عرفت من الاخبار ، اذ لايستفاد من لفظ الشركة فيها أزيد من هذا المعنى اللغوي والعرفي ، نعم يتوقف التصرف بعد حصول الشركة بالمعنى الذي ذكرناه على الاذن ، وما يقع منهما عليه التراضي في التجارة ونحوها من التصرفات ، وتبعية الربح لرأس المال ونحو ذلك ، وبذلك يتم المقصود وان لم يدخل في باب العقود ، وهذا هو المفهوم من كلام الفضلاء المذكورين .

وأما قوله ان الشهيد في اللمعة أشار الى العقد الذي ادعاه بقوله : « وليس لاحد الشركاء التصرف الا باذن الجميع » بمعنى أن المراد بالاذن

العقد ، و حاصله أن لايجوز التصرف الا بالعقد ، ففيه أن الاذن ليس منحصراً في اللفظ ، فضلا عن العقد المشتمل على قيود كثيرة ، وأحكام عديدة ، بل يحصل بالاشارة والكتابة والفعل .

وبالجملة فالمراد أن المدار على العلم بالرضا بأى نحو كان ، وعليه يترتب الاحكام التي جعلها منوطة بالعقد ، والظاهر أن هذا هو مراد أولئك الفضلاء حيث عرّفوها بالتعريف الاول الراجع الى أن الشركة الحقيقية هي الاجتماع ، وعقبوه بذكر الاذن اشارة الى أن الاحكام يترتب على الاذن في التصرف في المال المشترك وأنه بذلك يصير عقداً جايزاً ، فاطلاق العقد عليه تجوز ، وهو باب واسع في الكلام والا فانه لاعقد ولا عاقد كما أوضحناه في المقام . والله أعلم .

المسئلة الثانية ـ قال في التذكرة : أركان الشركة ثلاثة ، الاول ـ المتعاقدان ويشترط في كل منهما البلوغ ، والرشد ، والعقد ، و الاختيار ، والقصد ، وجواز التصرف ، و الضابط أهلية التوكيل والتوكل ، لان كل واحد من الشريكين متصرف في جميع المال ، أما فيما يخصه فبحق الملك ، وأما في مال غيره فبحق الاذن (١) من ذلك الغير ، فهو وكيل عن صاحبه ، وموكل لصاحبه في التصرف في ماله ، فلا يصح وكالة الصبي ، لعدم اعتبار عبارته في نظر الشرع ، ولا المجنون و لا السفيه ، ولا المكره ، ولا الساهي و الغافل و النائم ، ولا المفلس المحجور عليه ، لانه ممنوع من جهة الشرع من التصرف في أمواله ، ولا يفرق بين من يأذن من له الولاية عليهم في ذلك أولا الا المفلس ، فانه اذا أذن له الحاكم في التوكيل أو التوكل جاز ، وكذا السفيه ، الى أن قال : الثاني الصيغة الى آخر العبارة المتقدم نقله عنها آنفاً .

ثم قال بعدها : ولو قال كل واحد منهما : اشتركنا واقتصرا عليه مع قصدهما

(١) قوله فبحق الاذن من ذلك الغير فيه تأييد لما قدمناه من أنه ليس المدار الا على الاذن وان سموه عقداً مجازاً كما عبر به في صدر الكلام بقوله الاول المتعاقدان وكذلك قوله الثاني الصيغة ومرجع جميع ذلك الى الاذن بأى نحو كان . منه رحمه الله .

الشركة بذلك، فالاقرب الاكتفاء به في تسلطهما على التصرف بهمن الجانبين، لفهم المقصود عرفاً وهو أظهر وجهي الشافعية، وبه قال أبو حنيفه. والثاني ـ أنه لا يكفي لقصور اللفظ عن الاذن، واحتمال قصد الاخبار عن حصول الشركة في المال، من غير الاختيار بأن يمتزج المالان بغير رضاهما.

الى أن قال: الثالث: المال، يشترط في المال المعقود عليه الشركة أن يكون متساوى الجنس، بحيث لو مزج ارتفع الامتياز بينهما، و حصل الاشتباه بينهما سواء كان المال من الاثمان أو العروض، كما لو مزج ذهب بذهب مثله، أو حنطة بمثلها، أو دخن بمثله، الى غير ذلك مما يرتفع فيه المايز بينهما، ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير، لانهما أثمان الاموال والمباعات، و لم يزل الناس يشتركون فيها في زمن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) الى وقتنا هذا من غير نكير أحد في صقع من الاصقاع او عصر من الاعصار فكان اجماعاً.

و أما العروض عندنا يجوز الشركة فيها مع الشرط المذكور، سواء كانت من ذوات الامثال، أو من ذوات القيم، الى أن قال: مسئلة: لا تصح الشركة الا بمزج المالين، وعدم الامتياز بينهما عند علمائنا فالخلطة شرط في صحة الشركة، ومتى لم يختلطا لم يصح، وبه قال الشافعي، ثم نقل عن أبي حنيفة أنه ليس من شرط الشركة خلط المالين، بل متى أخرجا المالين وان لم يمزجاه وقالا قد اشتركنا انعقدت الشركة، لان الشركة انما هي عقد على التصرف، فلا يكون من شرطها الخلط كالوكالة. انتهى المقصود من نقل كلامه.

أقول، أما ما ذكره في المتعاقدين من الشروط فجيد، الا أن قوله «لان كل واحد من الشريكين متصرف» الى آخره، فيه أن ذلك غير معتبر في الشركة، بل يكفي جواز التصرف من أحدهما بعد أذن الاخر، و كذا قوله «في السفيه بجواز التصرف مع اذن الحاكم كالمفلس» فان فيه اشكالا، فانه ليس له أهلية التصرف والمعرفة بالمعاملات و كيفية حفظ مال نفسه، فكيف يسلطه الحاكم على تصرفه في مال نفسه وغيره.

وأما قوله في الركن الثاني « وانما يعلم الرضا والاذن باللفظ الدال عليه » ، فقد عرفت ما فيه من أن الاذن لا ينحصر في اللفظ ، فضلا عن العقد المخصوص ، ثم لا يخفى أن الشركة بهذا المعنى الذي ذكره واعتبر فيه هذه الاركان الثلاثة وهي التي يبحث عنها في هذا الكتاب انما هي الشركة المسببة عن المزج ، دون غيرها مما كان سببه الميراث أو الحيازة أو العقد مع أن هذه الأفراد سيما الثالث منها مما دلت الاخبار عن جريان بعض أحكام الشركة فيه ، مثل كون الربح بينهما ، أو النقص عليهما ونحو ذلك .

ثم انه لا يخفى أيضاً أن الظاهر من كلامهم أن المراد بالشركة ـ ما امتزج من المالين واشتبه فيه التميز بين الحقوق بحسب الظاهر ، لا ما كان كذلك بحسب الواقع ونفس الامر ، بمعنى أن يصير كل جزء جزء من ذلك المال المشترك كذلك في نفس الامر : فان الغالب من أسبابها المزج ، وقد صرح في التذكرة فيما قدمنا نقله عنه بان ذلك أعم من أن يكون في الاثمان ، أو العروض التي من ذوات الامثال مثل الحنطة والدخن .

نعم قد يتحقق الاشتراك النفس الامرى في الميراث . وشراء شيء بالاشتراك ونحو ذلك ، ومن هنا يظهر من المحقق الاردبيلي المناقشة في اشتراط اتحاد الجنس ، حيث قال : فان الشركة بالمعنى المتقدم (١) تجرى في غير المتجانسين أيضاً ، حيث ارتفع المايز ، وحينئذ فما ذكره في التذكرة في الركن الثالث في بيان المال الذى تجرى فيه الشركة حيث اشترط تساوى الجنس في المال المشترك اثمانا وعروضا ـ محل تأمل ، فانه متى ثبت أن الشركة تحصل بمجرد المزج الموجب لعدم تميز الحقوق ، وان لم يكن كذلك في نفس الامر ، صح أيضاً حصول الشركة في غير المتجانسين أيضاً عند ارتفاع المائز ، وحصول الاشتباه ، وأيده أيضاً بأن المدار في حصول الشركة على الاشتباه وهو حاصل في الموضعين فانه قد يحصل التفاوت قيمة ووصفا في المتجانسين أيضاً (٢) وهو واضح .

---

(١) ومراده بالمعنى المتقدم هو الشركة ظاهراً دون نفس الامر . منه رحمه الله

(٢) قوله قد يحصل التفاوت في المتجانسين الى آخره جواب عن سؤال مقدر وهو أن عدم حصول الشركة فيما لو كانا مختلفين غير متجانسين لحصول التفاوت قيمة ووصفاً مع الاختلاف . منه رحمه الله .

وأيضاً لا شك في تحقق الاذن في التصرف على وجه الشركة بالشراء بالعين المماثل وغيره ، فتحصل فائدة الشركة بل يحصل ذلك مع الامتياز أيضاً ، الا أنه يكون الشركة باعتبار القيمة فلامانع منها حينئذ .

أقول :ان كان مراده بما ذكره في غير المتجانسين من حصول الاشتباه وعدم المائز الذى جعله مناطا للشركة ، باعتبار عسر التميز بينهما ولو مجازاً ، فما ذكره محتمل ، والا فانه مع اختلاف الجنسين لااشتباه ، بل التميز حاصل ، فانه متى خلط حنطة بشعير ،فان الامتياز حاصل،والاشتباه مرتفع الا انه يعسر تخليص احدهما من الاخر فدعوى حصول الاشتباه وعدم المايز لايتم الا اذا كان باعتبار ماذكرناه من التجوز عن عسر تخليص أحدهما من الاخر ، وان كان الجميع مشتركا في الاشتراك الظاهرى ، دون النفس الامرى ، فان كلا من المشترك في الجنس كحنطة بحنطة . أو المختلف كحنطة بشعير ،الاشتراك فيه انما هو بحسب الظاهر ،لانفس الامر .

وبالجملة فان كلامه هنا لايخلو من اجمال ، وظاهره الميل الى ما قدمنا نقله عن أبي حنيفة من عدم اعتبار الامتزاج ، وأنه تصح الشركة مع الامتياز ، وأنت خبير بانالم نظفر لهم بدليل على ما ذكروه من شرط التجانس ، ولاشرط الامتزاج ، بل ظاهر الاخبار العموم ، كما أنك قد عرفت أيضاً أنه لادليل على العقد الذى ادعوه ،وأن الشركة شرعا عبارة عن ذلك العقد ، والمفهوم من ظواهر الاخبار أنه اذ اشتركا في مال واتجرابه ترتبت عليه أحكام الشركة ، سواء كانت ثمة عقد أولم يكن ، اتفق المال جنساً أواختلف ، مزج بعضه ببعض أم لم يمزج .

ومنها رواية حسين بن المختار المتقدمة ، وحسنة الحلبى(١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) في رجلين اشتركا في مال فربحا ربحاً وكان من المال دين، الحديث وقد تقدم في كتاب الدين .

وبالجملة فان أبحاثهم وتفريعاتهم في هذه المواضع الخالية من النصوص قد جروا فيها على أبحاث مخالفيهم في ذكرها ، و البحث عنها ، ورجحوا منها ما

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١

رجحوه بأفكارهم ، وردوا ماردوه بذلك ، حيث أن كتب متقدمي الاصحاب خالية من هذه الابحاث ، وهذه الفروع مقصورة على الاخبار كمالايخفى على من جاس خلال الديار ، وأول من سلك هذه الطريقة الشيخ (رحمةالله عليه) وتبعه من تأخر عنه . والله العالم .

تذنيب : قال في التذكرة : يكره مشاركة المسلم لاهل الذمة من اليهود والنصارى والمجوس وغير أهل الذمة من سائر اصناف الكفار عند علمائنا .

أقول : ويدل عليه صحيحة ابن رئاب (١) المتقدمة في المسئلة الاولى .

وما رواه الكافي عن السكوني (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) ان أمير ـ المؤمنين (صلوات الله عليه) كره مشاركة اليهودى والنصراني والمجوسي ، الأأن تكون تجارة حاضرة لايغيب عنها المسلم ، و مورد الروايتين الذمي ، (٣) ولعل دخول ساير الكفار في الحكم المذكور من باب الاولوية ، لانه اذا ثبت ذلك في أهل الذمة فغيرهم من ساير اصناف الكفار بالطريق الاولى .

المسئلة الثالثة ـ الشركة قد تكون في عين ، وهو ظاهر ، وقد تكون في منفعة كالاجارة والحبس والسكنى ، و قد تكون في حق كالاشتراك في الخيار ، والشفعة بالنسبة الى الورثة ، والقصاص والرهن والحدوقد تقدم أن سببها قد يكون ارثاً وهو يجرى في الاقسام الثلاثة السابقة ، بان يرثا مالا ، أويرثا منفعة دار استأجرها مورثهم ، أومنفعة عبد موصى بخدمته ، أويرثا حق شفعة أوخيار أورهن ، وقد يكون سببها عقداً ، وهو يجرى ايضاً في الاقسام الثلاثة المذكورة ، فجريانه في العين بأن يشتريا داراً وفي المنفعة بأن يستاجراها ، وفي الحق بأن يشتريا

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٦ ح ١ باب مشاركة الذمي والتهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ١

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٨٦ ح ٢ ، وهما في الوسائل ج ١٣ ص ١٧٦ ح ١و٢

(٣) ومنها روايات عديدة تقدمت في كتاب الدين و هي بهذا المضمون في رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقتسما العين والدين فتوى الذى كان لاحدهما من الدين أوبعضه وخرج الذى للاخر يرد على صاحبه قال : نعم ما يذهب ماله . منه رحمه‌الله .

بخيار ، وقد يكون حيازة ، وهو انما يتصور في العين خاصة .

وسببية الحيازة اما بأن يشتركا في نصب حبالة الصيد المشترك ، ورمي السهم المثبت له فيشتركان في ملكه ، أو بأن يقتلعا شجرة أو يقترفا ماء دفعة ، فانه يتحقق الشركة بذلك في الجملة ، الا أنه يكون لكل منهما من ذلك المحاز بنسبة عمله ، ويختلف ذلك بالقوة والضعف ، ولو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص الصلح ، و ما كان من الحيازة على غير الوجوه المذكورة فانه يختص كل بما حازه على الاظهر .

هذا مع تميزه ، لانه في معنى شركة الابدان ، و هي جائزة على الاشهر الاظهر ، اما مع امتزاجه فانه يكون مشتركا ، لكن لا من حيث سببية الحيازة ، بل من حيث المزج الذي هو أحد الاسباب كما عرفت ، كما لو امتزج المالان وهو خارج عن محل الفرض .

وقد يكون مزجاً وهو انما يتصور في العين خاصة ، وينبغي أن يعلم أن سببية المزج في الشركة أعم من أن يكون المزج اختياراً أو وقع ذلك اتفاقا ، بأن وقع أحد المالين على الاخر وامتزجا على الوجه المعتبر في الشركة ، فانه يثبت بذلك الشركة ، وضابط الامتزاج الذى يثبت به الشركة عدم التميز ، فلهذا اعتبر فيه الاتفاق في الجنس والصفة عندهم ، فلو لم يكونا من جنس واحد وتحقق الامتياز وان عسر التخلص كما في مزج الحنطة بالشعير فانه لا شركة هنا ، ومثله الدخن بالسمسم ، وكذا لو لم يكونا على صفة واحدة كحبة الحنطة الحمراء بغيرها ، فانه لا شركة أيضاً .

ويأتي على ما تقدم نقله عن المحقق الاردبيلي حصول الشركة وصحتها في في الموضعين المذكورين الا أنت قد عرفت ما فيه ولا فرق فيما ذكرنا من حصول الشركة بالامتزاج على الوجه المذكور بين الاثمان والعروض المثلية ، كالحنطة وغيرها من الحبوب ، وهو اجماعي عندنا ، ولم ينقل الخلاف هنا الا عن بعض العامة

حيث خص ذلك بالاثمان كالمضاربة (١)

بقي الكلام في العروض الغير المثلية كالثوب والخشب و العبد ونحو ذلك ، فهل يتحقق فيه الشركة بالمزج أم لا ؟ وانما يتحقق بالارث والعقد ، وبالاول منهما صرح في التذكرة ، حيث قال : تذنيب ،اذ اشتركا فيما لامثل له كالثياب و حصل المزج الرافع للامتياز تحققت الشركة و كان المال بينهما ، فان علمت قيمة كل واحد منهما كان الرجوع الى نسبة تلك القيمة ، والاتساويا عملا باصالة التساوى انتهى .

و الثاني ظاهر المحقق في الشرايع ، حيث قال : أما ما لامثل له كالثوب و الخشب و العبد فلايتحقق فيه المزج ، بل قد تحصل بالارث أوأحد العقود الناقلة .

وظاهره في المسالك الميل الى ما ذكره العلامة في التذكرة ، حيث اعترض المصنف هنا ، فقال : في عدم تحققه بالمزج مطلقا منع بين ، بل قد يتحقق كالثياب المتعددة المتقاربة في الاوصاف ، والخشب كذلك ، فيتحقق الشركة فيه والضابط عدم الامتياز ، ولاخصوصية للمثلي والقيمي في ذلك . انتهى .

ثم انه على تقدير القول الاول من ثبوت الشركة هنا فان علم قيمة مال كل واحد منهما كان الاشتراك بنسبة القيمة ، فان لم تعلم فهل يحكم بالتساوى ؟ لانه الاصل أم يرجع الى الصلح ، قولان: أولهما صريح عبارة التذكرة المتقدمة ، و ثانيهما اختياره في المسالك ، وهو أيضاً ظاهر المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد حيث قال بعد الكلام في معنى عبارة التذكرة المذكورة : مالفظه ،الا أن في الحكم ـ مع عدم العلم بالقيمة ـ بالتساوى ـ للاصل محل التأمل ، بل ينبغي هنا الصلح

(١) هذا الخلاف من بعض العامه انما هو بالنسبة الى الشركة شرعاً لابالنسبة الى المعنى المشهور المفهوم منها لغة وعرفاً فانه لاخلاف بين الخاصة والعامة في تحققها بمجرد الامتزاج كيف اتفق مع التماثل . منه رحمه الله .

والتراضي ، فان مساواة الاعراض بحسب القيمة مع تخالف الجنس نادر ، والاصل لا يقتضي ذلك . نعم مع التشاح وعدم الرضا بالصلح ، لاوجه للخلاص سوى ماذكره، فيقسمان جميع المال قسمة متساوية مع عدم العلم بالتفاوت أصلا ، ومعه و مع الاشتباه يمكن القرعة انتهى .

وأنت خبير بما في قوله :«فان مساواة الاعراض بحسب القيمة مع تخالف الجنس نادر» من الغفلة ، فان الجنس هنا غير مختلف ، انمحل البحث في القيمي كالثياب والخشب ونحوها ، بمعنى أن المشترك بينهما ثياب متفقة في الاوصاف ، أوخشب كذلك ، أونحوذلك .

و على تقدير القول الثاني من عدم ثبوتها بالمزج في الصورة المفروضة ، فلوأراد الشركة باع كل منهما حصته مما في يده بحصته مما في يد الاخر ، ومثله مالوأرادا الشركة في المثلي مع اختلاف الجنس أوالوصف .

ومثل هذه الحيلة في حصول الشركة مالووهب أحدهما صاحبه حصة من ماله ووهب الاخر كذلك اوباعه حصته بثمن معين ثم اشترا به حصة من الاخر ، والمراد من الشركة في جميع هذه الصور الشركة المشهورة لا الشركة الخاصة التي هي عبارة عن الاذن في التصرف . والله العالم .

المسئلة الرابعة ـ قال في التذكرة : الشركة على أربعة أنواع ، شركة العنان وشركة الابدان ،وشركة المفاوضة ، وشركة الوجوه ، فأما شركة العنان فهي أن يخرج كل مالا ويمزجاه ، و يشترطا العمل فيه بأبدانهما، الى أن قال :وأما شركة الابدان بان يشترك اثنان أو اكثر فيما يكتسبون بأيديهم ، كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعتهم، فما رزق الله فهو بينهم على التساوي،أو التفاوت .

واما شركة المفاوضة فهو أن يشتركا ليكون بينهما مايكتسبان ، ويربحان و يلتزمان من غرم و ما يحصل لهما من غنم ، فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الاخر من أرش جناية ، وضمان غصب، وقيمة متلف ،وغرامة لضمان أو كفالة ، و يقاسمه فيما يحصل له من ميراث ، أويجده من ركاز أو لقطة ، او يكسبه

شركة المفاوضة أن يكون مالهما من كل شيءيملكانه بينهما .

وأما شركة الوجوه فقدفسرت بمعان ، أشهرهاأن يشترك اثنان وجيهان عند الناس لامال لهما ، ليبتاعا في الذمة الى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما ، فيبيعاهويؤديا الاثمان،فمافضلفهو بينهما ،وقيل : أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل ، ويشترطان أن يكون الربح بينهما ، و قيل ان يشترك وجيه لامال له ، و خامل ذومال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل ، ويكون المال في يده لايسلمهالى الوجيه ، والربح بينهما، وقيل : أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعض الربح له ،ولايصح شيء من أنواع الشركة سوى شركةالعنان انتهى كلامه (قدس‌سره) .

والكلام هنا يقع في مواضع : **الاول** ــ أن ماذكره من أنه لايصح شيء من هذهالانواع سوى شركة العنانهوالمشهور بين الاصحاب ،وقال ابن‌الجنيد: لواشترك رجلان بغير رأس مال علىأن يشتريا ويبيعابوجههما جاز ذلك ، ولو اشترك رجلان وكان من عند أحدهما بذر و بقر ، وعلى الاخرالعمل و الخراج ، كانت الشركة جائزة بينهما ،ولواشترك رجلان علىأن يعملا عملا لكل واحد منهما فيه عمل منفرد (١) أوأن يكون يديهما جميعاً فيالعمل ، وتقسم الاجرة بينهما لم أجز ذلك ، لان الاجرة عوض عن عمل ، فاذا لم يتميز مقدار عمل كل واحد منهما لم آمن أن يلحق أحدهما غبن أوأن يأخذمالايستحقه ،فان تتاركاالفضل وتحالا ، أويضمن أحدهما بالعمل ثم قسمه على الاخرمن غير شركة جاز انتهى.

وهو ظاهر في جواز شركةالوجوه ، وشركةالابدان علىالتفصيل المذكور.

---

(١) قال في المسالك : لاخلاف عندنا في بطلان شركة الاعمال الامن ابن الجنيد حيث أجازها مع تشاركهما الفضل أوعمل أحدهما وقسمته على الاخر من غير شركة ، مع أنه راجع الى بطلانهما لان تداركهما الفضل بعد مزج الاجرتين و تحالهما أمر خارج عن صحة هذه الشركة وكذالوتبرع أحدهماعن الاخر بمشاركته في أعماله انتهى . وهو جيد . منه رحمه الله .

وان شركة الوجوه عبارة عن المعنى المشهور المذكور في كلام العلامة .

قال العلامة في المختلف ـ في مقام الرد عليه : لنا اجماع الفرقة ، وخلاف ابن الجنيد غير معتد به ،لانقراضه ،وحصول الاتفاق بعده،ولان الاصل عدم الشركة، وبقاء حق كل واحد عليه ، ولانه ضرر عظيم ، ولان الشركة عقد شرعي يتوقف على الاذن فيه . انتهى .

والمفهوم من كلامه وكذا غيره من الاصحاب هو بطلان الشركة في جميع الانواع المتقدمة ما عدا شركة العنان ، وظاهر المحقق الاردبيلي المناقشة هنا في بعض المواضع حيث قال : بعد نقل قول العلامة في التذكرة : و أما شركة الابدان فعندنا باطلة ، سواء اتفق عملهما أواختلف ، بأن يكون كل واحد منهما خياطاً ، ويشتركا في فعل الخياطة ، أويكون أحدهما خياطاً والاخر نجاراً ، أو يعمل كل واحد منهما في صنعة ، ويكون الحاصل بينهما ، وسواء كانت الصنعة البدنية في مال مملوك ، أوفي تحصيل مال مباح ،كالاصطياد والاحتشاش والاحتطاب .

فقال المحقق المشار اليه و لايظهر دليل على عدم الجواز ،سوى الاجماع ، فان كان فهو ، والا فلامانع ، فانه يرجع الى الوكالة في بعض الامور (۱) و تمليك مال في البعض الاخر، وبذل نفس وعمل في مقابله عوض ، ولامانع منه في العقل والشرع ، ولهذا جوز بعض أقسامها بعض العامة ، ثم نقل عنه أيضا أن شركة المفاوضة عندنا باطلة ، وليس لها أصل ، وبه قال الشافعي ،ومالك ، ثم نقل عنه أيضاً في شركة الوجوه أنها عندنا باطلة ، وبه قال الشافعي ومالك ، ثم قال : والبحث فيهما مثل ما تقدم فتأمل . انتهى .

---

(۱) الظاهر ان الرجوع الى الوكالة في مثل الشركة في الاحتطاب ونحوه فان كلامنهما جعل الاخر وكيلاعنه في ذلك وتمليك المال في ما لوتبرع أحدهما في ماله وأعطى شريكه حصة من الربح فانه يرجع الى تمليك مال وأما الثالث فلا أعرف له وجهاً منه رحمه الله .

وكلامه لايخلو من غموض وخفاء ، و ان سلم صحة ما ذكره ، الا أن دخوله تحت لفظ الشركة بأى المعنيين محل اشكال .

وأما ما ذكره ابن الجنيد من أنه لو اشترك رجلان وكان من عند أحدهما بذر وبقر ، وعلى الاخر العمل والخراج ، كانت الشركة جائزة بينهما ، فهو خلاف ما يفهم من كلام الاصحاب ، بل الظاهر أنه لاشركة هنا ، وانما الحاصل لصاحب البذر ، وللعامل الاجرة .

قال في التذكرة : لو كان لواحد البذر ، وللاخر الدواب ، ولثالث الارض ، و اشتركوا مع رابع ليعمل ، ويكون الحاصل بينهم فالشركة باطلة ، و النماء لصاحب البذر ، وعليه أجرة المثل لصاحب الارض عن ارضه ، ولصاحب الدواب عن عملها ، ولصاحب العمل عن عمله ، فان أصاب الزرع آفة ولم يحصل شيء من الغلة لم يسقط حقهم من أجرة المثل انتهى .

و هذا هو الموافق لمقتضى الاصول الشرعية ، وأنت خبير بأن أخبارنا خالية من ذكر هذه الانواع ، والظاهر أنها من اصطلاحات العامة ، ولهذا اختلفوا في كل منها صحة وبطلانا ، واطلاقا وتقييداً ، كما لايخفى على من راجع كتاب التذكرة ، وأصحابنا قد اقتفوا أثرهم في ذكرها ، و البحث عنها و اتفقوا عدا ابن الجنيد على بطلان ما عدا شركة الاموال . والله العالم .

الثاني ـ قد عرفت أن أحد الانواع المتقدمة شركة العنان بكسر العين ككتاب ، وهو سير اللجام الذى تمسك به الدابة ، وهى المتفق على جوازها ، وهى عبارة عن الشركة في الاموال .

بقى الكلام في وجه هذه التسمية فقيل : من عنان الدابة ، أما لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح على قدر رأس المال ، كاستواء طرفي العنان ، أو تساوى الفارسين اذا سويا بين فرسيهما ، و تساويا في السير يكونان سواء ، واما لان لكل واحد منهما أن يمنع الاخر من التصرف كما يشتهى ويريد ، كما يمنع العنان الدابة ، واما لان الاخذ بعنان الدابة حبس أحدى يديه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

على العنان ، ويده الاخرى مطلقة يستعملها كيف شاء ، كذلك الشريك يمنع بالشركة نفسه عن التصرف في المشترك كما يشتهي ، وهو مطلق اليد والتصرف في ساير أمواله .

وقيل : من «عن» اذا ظهر أما لانه ظهر لكل واحد منهما مال صاحبه ، أو لانها أظهر انواع الشركة ، ولهذا أجمع على صحتها ، وقيل : من « العانة » وهي المعارضة ، لان كل واحد منهما عارض بما أخرجه الاخر .

الثالث ــ ماذكره في آخر العبارة المتقدمة من قوله « ولا يصح شيء من أنواع الشركة سوى شركة العنان » محتمل لكون المراد بالشركة بالمعنى المشهور المتبادر ، وهو اجتماع حقوق الملاك كما تقدم ، وهو الذي يقتضيه السياق في عد هذه الانواع ، ويحتمل المعنى الخاص ، لانه الغرض الذاتي منها ، ويؤيده تعريفه لها بما ذكره من أنها عبارة عن أن يخرج كل مالاً ، ويمزجاه ، ويشترطا العمل فيه بأبدانهما .

قال في المسالك : ولابد لها بهذا المعنى مع اشتراكهما في المالين من صيغة تدل على الاذن في التصرف ، لانهما ممنوعان منه ، كسائر الاموال المشتركة وهي كل لفظ يدل على الاذن فيه على وجه التجارة ، سواء كان قبل الامتزاج أو بعده ، وسواء وقع من كل منهما للاخر ، أم اختص بأحدهما ، وبهذا المعنى لحقت بقسم العقود على تكلف أيضاً ، وتترتب عليها الاحكام التي يذكرها المصنف بعد هذا انتهى .

أقول : قد عرفت آنفا ما في هذا الكلام ، وأنه لادليل على اعتبار هذا العقد لكن يتجه الايراد على الاصحاب بأنهم لما ذكروا للشركة معنى آخر ، وهو الذي تترتب عليه الاحكام الاتية كان الواجب عليهم أن يعرّفوا الشركة في هذا المقام بغير التعريف المشهور كما ذكره شيخنا المذكور : لان غرضهم بيان الشركة التي هي مثل العقود تترتب عليها الاحكام من جواز التصرف و استحقاق الربح ونحو ذلك ، وأنه عقد جائز ، وله أركان ثلاثة ، ومع ذلك لم يعرّفوها بشيء زيادة

على التعريف المشهور ، مع أن الاحكام لا تترتب على ذلك التعريف المشهور بمجرده ولعلهم بنوا كلامهم كما قدمنا ذكره على أن المقصود واضح ، وأن الشركة الحقيقية هو اجتماع المال كما تقدم ، وأما الاحكام فتناط بالاذن فى التصرف فى المال المشترك ، والاذن كما تقدم يحصل بأى نحو كان ، وتجوزوا فى اطلاق العقد على هذا الأذن فى اثناء الكلام فى المقام . والله العالم .

المسئلة الخامسة ــ لا اشكال ولا خلاف فى أنه مع تساوى المالين يتساوى الشريكان فى الربح والنقصان ، وكذا لو زاد رأس مال أحدهما كان له من الربح بنسبة الزيادة ، وعليه من الخسران بالنسبة أيضاً ، وانما الاشكال والخلاف فيما اذا اشترط أحدهما زيادة الربح مع تساوى المالين ، أو التساوى فى الربح والخسران مع تفاوت المالين .

وقد اختلف الاصحاب فى ذلك على أقوال ثلاثة : **الاول** ــ ما ذهب اليه الشيخ وابن ادريس والمحقق وجمع منهم من بطلان الشركة ، لانتفاء ما يدل على الصحة فيكون أكل مال بالباطل ، لان الزيادة ليس فى مقابلها عوض ، لان الفرض انها ليست فى مقابلة عمل ، ولا وقع اشتراطها فى عقد معاوضة ، لتضم الى أحد العوضين ولا اقتضى تملكها عقد هبة ، والاسباب المثمرة للملك معدودة ، وليس هذا أحدها فيكون اشتراطها اشتراطاً لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك ، كما لو دفع اليه دابة يحمل عليها ، والحاصل لهما ، فيبطل العقد المتضمن له اذ لم يقع التراضى بالشركة والاذن بالتصرف الا على ذلك التقدير ، وقد تبين فساده ، ولا يندرج فى الامر بالايفاء بالعقود ، ولا فى « المؤمنون عند شروطهم » .

الثانى ــ ماذهب اليه المرتضى واليه ذهب العلامة و والده وولده من القول بالصحة ، وادعى عليه المرتضى الاجماع ، واحتجوا بالادلة العامة مثل قوله تعالى « أوفوا بالعقود »(١) و « الا أن تكون تجارة عن تراض »(٢) وقد وقع على

(١) سورة المائدة الاية ١

(٢) سورة النساء الاية ٢٨

ما اشترطاه ، وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) « المؤمنون عند شروطهم »(١) والاجماع المنقول بخبر الواحد كما يقبل نقل غيره من الادلة به ، واصالة الاباحة وبناء الشركة على الارتفاق بكل منهما ومن جملته موضع النزاع .

الثالث ـ ما ذهب اليه أبو الصلاح من صحة الشركة دون الشرط ، وجعل شرط الزيادة اباحة لها يجوز الرجوع فيها مادامت العين باقية ، قال على مانقله عنه في المختلف : اذا تكاملت الشروط انعقدت الشركة ،ووجب لكل واحد من الشريكين من الربح بمقدار ماله ، ومن الوضيعة بحسبه ، فان اصطلحوا في الربح على أكثر من ذلك ، حل تناول الزيادة بالاباحة ، دون عقد الشركة ، ويجوز لمبيحها الرجوع فيها ما دامت العين قائمة ، فان اشترط في عقد الشركة ، تفاضل في الوضيعة صحت الشركة ، وبطل الشرط ، وكانت الوضيعة بحسب الاموال ، الا أن يتبرع أحد الشريكين على الاخر ، فان كان أحد الشريكين عاملاً فجعل له الاخر فضلا في الربح بازاء عمله لم يمض الشرط ، وكان للعامل أجرة عمله من الربح ، وبحسب ماله انتهى .

أقول : الظاهر ان محل الخلاف هنا مالو شرط الزيادة مع عدم زيادة عمل له يقابل تلك الزيادة ، أما لو كان له عمل زائد يقابلها ، فالظاهر أنه لا خلاف في جواز العقد: وصحة الشرط قال في التذكرة :لو اختص أحدهما بمزيد عمل وشرط مزيد ربح له صح عندنا والى ذلك ايضاً يشير قولهم في حجة دليل القول الاول ، لان الفرض أنها ليست في مقابلة عمل وبالجملة فالظاهر أنه لا اشكال في ذلك ، وعلى هذا ينبغي أن يقيد بذلك اطلاق القولين الاولين .

وأما ما احتج بهأصحاب القول الثاني : فقدعرفت جواب بعضه من احتجاج أصحاب القول الاول ، وبقي منه دعوى الاجماع ،وهو تشبث بما هو أوهن من بيت العنكبوت ، وأنه لاوهن البيوت .

---

(١) التهذيب ج٧ص٣٧١ح٣-١٥٠، الاستبصار ج٣ح٨٣٥ ، الوسائل ج١٥ص٣٠ح٤

واما الاستناد الى الاية «الا أن تكون تجارة عن تراض» ففيه أن الشركة ليست تجارة ، فلا تناولها الاية . نعم لوكانت الزيادة في مقابلة زيادة في العمل كان ذلك معاوضة وتجارة عن تراض، الا أنك قد عرفت أن هذا ليس من محل البحث في شيء ، ويمكن أن يقال : بصحة الشرط ، لكن لامن حيث الشركة ، بل من حيث أنه وعد ، و قد دلت الاية و الرواية على وجوب الوفاء بالوعد كما تقدم في الابحاث السابقة ، لان صاحب الزيادة قد وعد باعطائها و رضي بذلك ، ورد كلام أبي الصلاح بأنه مبني على أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد والاقوى خلافه ، وفيه ماعرفت فيما تقدم في الابحاث السابقة ، وفي مقدمات كتاب الطهارة.

و كيف كان فالمسئلة كغيرها مما تقدم مـن أمثالها لا يخلو من الاشكال ، لعدم النص الواضح في هذا المجال ، وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك التوقف في ذلك ، حيث اقتصر على نقل الاقوال المذكورة ونقل حججها ولم يرجح شيئاً منها ، وهو في محله هذا في مالو عملا معاً اما لو كان العامل احدهما مع شرط الزيادة للعامل فالظاهر أنه لا اشكال في صحته ، ويكون العقد حينئذ قراضاً ، وشركة ، فيشتركان في الربح من حيث كون رأس المال شركة ، و يختص العامل بالزيادة المشروطة في مقابلة عمله كما يختص عامل المضاربة بالحصة المعينة له من الربح في مقابلة عمله ، ويأتي مثل ذلك فيما قدمناه من أنهما لو عملا معاً ولكن كان في عمل احدهما زيادة ، وشرطت الزيادة له في مقابلة زيادة عمله .

اما مع تساويهما في المالين وزيادة عمله ، أو مع نقصان ماله مع تساويهما في العمل ، أو زيادته بطريق أولى ، لاشتراك الجميع في كون الزيادة في الربح في مقابلة عمل ، فكان العقد عقد معاوضة من الجانبين ، بالنظر الى أن العمل متقوم بالمال.

ولكن الشيخ ومن تبعه أطلقوا المنع ، والمرتضى ومن تبعه أطلقوا الجواز ، والتفصيل بما ذكرناه كما صرح بـه شيخنا الشهيد الثاني و غيره اجود ، و ينبغي تقييد الاطلاقين المذكوريـن بذلك ، لما قدمناه سابقا من تصريح العلامة فـي التذكرة بذلك ، بل ظاهره دعوى الاجماع في ذلك ، حيث قال : عندنا ، مع كونه من القائلين بقول المرتضى ، وماذكر في حجة القول الاول : مـع أن الدعوى

مطلقة ، فذكر ذلك في دليلها ، دليل على أنه ليس المراد بتلك الدعوى على اطلاقها . والله العالم .

المسئلة السادسة ـ متى حصلت الشركة بالمعنى المشهور فانه لايجوز لكل من الشريكين التصرف الا باذن الاخر ، لما ثبت عقلا ونقلا من عدم جواز التصرف في مال الغير الا باذنه ، فان اذن أحدهما للاخر اختص المأذون بالتصرف ولا يجوز للاذن التصرف الا باذن المأذون : والاذن توكيل في التصرف ، فلا يجوز له أن يتعدى ما أذن له من العموم والخصوص ، والاطلاق والتقييد ، فان أطلق في التصرف تصرف كذلك ، وان خصص اختص بما خصصه ، ويراعى فيه المصلحة ، فان أطلق له في التجارة تصرف كيف شاء من أنواع التجارة ، من البيع والشراء مرابحة ، ومساومة ، وتولية ، ومواضعة ، حيث تقتضيها المصلحة وقبض الثمن واقباض المثمن ، ونحو ذلك مما تقدم في كتاب البيع .

وهل يتناول الاطلاق السفر حيث شاء ؟ احتمالان : من حيث دخوله تحت الاطلاق ، ومن حيث كونه مظنة الخطر ، ولا يجوز له اقراض شيء من المال الا مع المصلحة ، ولا المضاربة عليه لانه ليس من توابع التجارة .

وقد صرح في التذكرة في غير موضع بان اذن الشريك توكيل ، فيجب حينئذ أن يراعى فيه مايجب مراعاته في الوكالة فلابد أن يقتصر على ما اذن له فيه ، كما يجب على الوكيل ان يقتصر على ما وكل عليه ، فلو تعدى في بعض المواضع عن محل الاذن أثم وضمن ، وحيث كانت الشركة من العقود الجائزة دون اللازمة بالاجماع فلكل من الشركاء الرجوع في الاذن والمطالبة بالقسمة .

أما الاول فان مبناها على الاذن في التصرف ، وهو في معنى الوكالة ، فتكون جائزة ، وأما الثاني فلانه لا يجب على الانسان مخالطة غيره في ماله ومقتضى الاصل أن يتصرف كل منهما في ماله كيف شاء .

قال في التذكرة : الشركة عقد جائز من الطرفين ، وليست من العقود اللازمة اجماعاً فاذا اشتركا بمزج المالين ، فأذن كل واحد منهما لصاحبه في

التصرف(١) فلكل واحد من الشريكين فسخها لان الشركة في الحقيقة توكيل وتوكل ، فلو قال أحدهما للاخر : عزلتك عن التصرف ، أو لا تتصرف في نصيبي انعزل المخاطب عن التصرف في نصيب العازل ، ويبقى التصرف في نصيبه ، ولا ينعزل العازل عن التصرف في نصيب المعزول الا بقول متجدد منه ، ولو فسخاها معاً فان الاشتراك باق وان لم يكن لاحدهما التصرف في نصيب الاخر ، ولو قال أحدهما : فسخت الشركة ارتفع العقد ، وانفسخ من تلك الحال ، وانعزلا عن التصرف ، لارتفاع العقد . انتهى .

قيل : وفي قوله « ولو قال أحدهما الى آخره » تأمل ، لان أحدهما تكلم فقط بقوله « فسخت الشركة » وهو يؤل الى عدم اذنه للاخر في التصرف ، وعزله وابطال وكالته ، لما قد مر مراراً ان هذا العقد والاذن توكيل ، وغاية مايكون عزلا لنفسه أيضاً فاذا بدا له يجوز التصرف اذا قلنا ان الوكيل لا ينعزل بمجرد عزله ، ولا يحتاج الى اذن جديد ، الا أن يعلم الاخر الموكل بل يرضى بعزله أو بعزله فتأمل . انتهى .

وملخص كلامه المناقشة في ارتفاع العقد بالكلية ، فان هذا القول انما وقع من أحدهما ، والذي يدل عليه عزله الاخر عن التصرف ، وابطال وكالته ، وغاية مايمكن التزامه أنه عزل لنفسه أيضاً ، الا أنه بمجرد ذلك لا يلزم بطلان العقد وارتفاعه ، بناء على أن الوكيل لا ينعزل بمجرد عزل نفسه ، بل يجوز له الرجوع بغير توكيل آخر ، فكذا هنا يجوز له الرجوع بدون اذن اخر ، فلا يتم حينئذ الحكم بارتفاع العقد .

وكما ينفسخ الشركة بالفسخ تنفسخ ايضاً بالجنون والموت ، لبطلان الوكالة بهما ، وهي في معناها كما عرفت ، بل هي وكالة في التحقيق ، ونحوهما أيضاً الاغماء والحجر

---

(١) اشارة الى الشركة بمعنى المشهور وقوله فأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف اشارة الى المعنى الخاص المصطلح عليه بين الاصحاب المعبر عنه بالعقد وهو دائما انما يعبر عنه بالاذن وهو مؤيد لما قلناه من التحقيق من أنه ليس هنا عقد كما يدعونه وليس الا الاذن وان سموه عقداً تجوزاً . منه رحمه الله .

لسفه أوفلس .

قال في التذكرة : وكذا ينفسخ بموت أحدهما وجنونه ، و اغمائه والحجر عليه للسفه ، كالوكالة ، ثم في صورة الموت ان لم يكن على الميت دين ، ولاهناك وصية تخير الوارث بين القسمة مع الشريك وفسخها ، وبين تقرير الشركة ان كان بالغاً رشيدا ، وان كان صغيراً أومجنوناً فعلى الولي مافيه الحظ من فسخ الشركة أوابقائه ، ولابد في تقرير الشركة من عقد مستأنف ، وان كان على الميت دين لم يكن للوارث التقرير على الشركة الاأن يقضي الدين من غير مال الشركة ،ولو كان هناك وصية ، فان كانت لمعين فهو كاحدالورثة ، يتخير بين التقرير والفسخ ان تعلقت الوصية بذلك المال ، وان كانت لغير معين كالفقراء لم يجز تقرير الشركة الابعد خروج الوصية ، فاذا خرجت الوصية بقي المال كما لو لم تكن وصية ،يتخير الوارث بين التقرير والفسخ . انتهى .

المسألة السابعة ــ لوشرط التأجيل في الشركة بمعنى ترتب أثرها عليهامن التصرف للتجارة و نحوها الى أجل مخصوص لم يلزم الشرط المذكور ، بل لكل منهما فسخها قبل الاجل ، لانها عقد جائز ، فلايؤثر شرط التأجيل فيه .

نعم يترتب على الشرط المذكور عدم جواز تصرفهما بعد الاجل الا باذن جديد ، لعدم تناول الاذن السابق له ، فهذا الشرط وان لم يؤثر في وجوب المضي على الشركة الا أنه يؤثر فيماذكرناه ، فله أثر في الجمله .

ونقل في المختلف عن الشيخين أنهما قالا: الشركة بالتأجيل باطلة ، قال : والظاهر أن مرادهما ليس البطلان من رأس ، بل عدم اللزوم ، و لهذا قال المفيد عقيب ذلك : ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه أي وقت شاء ، ثم نقل عن أبي الصلاح أنه قال : ولاتأثير للتأجيل في عقد الشركة ، ولكل شريك مفارقة شريكه أي وقت شاء وان كانت مؤجلة .

ثم قال : والعبارتان رديتان ، والتحقيق أن للتأجيل أثراً وهو منع كل

منهما من التصرف بعده الاباذن مستأنف ، وان لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة ، اذ لكل منهما الفسخ قبل الاجل . انتهى .

المسئلة الثامنة - ينبغي أن يعلم أن الشريك أمين لايضمن تلف ما في يده الا بالتعدي أو التفريط ، لانه وكيل كما عرفت فيما سبق ، ويقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف ، سواء ادعى سبباً ظاهراً كالغرق ،أوخفياً كالسرق . قال في التذكرة: كل واحد من الشريكين أمين يده يد أمانة على ماتحت يده، كالمستودع والوكيل، يقبل قوله في الخسران والتلف مع اليمين ،كالمستودع اذا ادعى التلف ، سواء أسند التلف الى سبب ظاهر أو خفي ، فلايضمن الا مع التفريط ، ويقبل قوله في عدم ما يوجب الضمان من التعدي ، وكذلك في عدم الخيانة ، ويقبل قوله في عدم الشراء بمال الشركة اذا ادعى الشراء بمايخصه ،وكذا اذا ادعى الشراء بالمشترك .

الفصل الثاني في القسمة :

وهي تمييز حق أحد الشركاء عن حق الاخر ، والبحث فيها يقع في مسائل :

الاولى - الظاهر أنه لاخلاف بين أصحابنا في أنها برأسها امر موجب لتمليك الشريك حصة الشريك الاخر بحصته ، فاذا حصلت بشرائطها حصل بها الملك ،وليست بيعاً ولاصلحاً ولاغيرهما ، لعدم وجود خواص الغير فيها كصيغة البيع ايجاباً وقبولا، اوغيره من العقود ، و يدخلها الاجبار في غير أفراد البيع التي يدخلها الاجبار ، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الاخر مع تساويهما ، و البيع ليس كذلك ، بل يجوز فيه الزيادة والنقصان بينهما ، واختلاف اللوازم تدل على اختلاف الملزومات .

خلافا لبعض العامة حيث جعلها بيعاً مع أنه لاخلاف عندهم في أنه اذا طلب أحد الشركاء القسمة ، يجب على الاخر اجابته ، و عدم منعه اذا لم يحصل له ضرر بالقسمة ، سواء كان في تركها ضرر أم لا ، وسواء كان أحدهما مضطراً الى القسمة أم لا ، لانه يجب ايصال حق الغير اليه ، و لايجوز منعه عنه ، وهو هنا بالقسمة ،

ولاتصح الا باذن الشركاء الاما سيأتي التنبيه عليه .

الثانية ـ لاخلاف في أنه مع الضرر على الكل وعدم ضرورة لاتجوز القسمة، لانه تضييع مال ، وهو سفه واسراف منهي عنه ، وأما ما لاضرر في قسمته فانه يجبر الممتنع مع التماس الشريك القسمة ، وهو مما لاخلاف فيه أيضاً .

وانما الخلاف في معنى الضرر المانع في الصورتين ، فقيل : بأنه عبارة عن نقصان العين أوالقيمة نقصاناً لايتسامح به عادة ،لان فوات المالية مناط الضرر في الاموال . ولقوله (صلى‌الله عليه وآله وسلم) «لاضرر ولاضرار» (١)وهو عام ،وقيل: بأنها عبارة عن عدم الانتفاع بالنصيب منفرداً لتضمنه الضرر والحرج ،واضاعة المال المنهي عنه مثل كسر الجوهرة الكبيرة التي لها ثمن كثير ، وبعد الكسر لاتسوى شيئاً أوتسوى شيئاً قليلا .

وقيل : بأنها عبارة عن عدم الانتفاع به منفرداً ، فيما كان ينتفع به مع الشركة ، مثل أن يكون بينهما دار صغيرة اذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضع ضيق لاينتفع به في السكنى مثل الاول ، وان أمكن الانتفاع به في غير ذلك .

قال في المسالك بعد نقل ذلك كما ذكرناه والاقوى اعتبار الاول ، و اليه ايضاً مال المحقق الاردبيلي ، قال : و اعتبار الثاني بعيد ،و الثالث أبعد ، و أشار بهما الى ما ذكرناه هنا ثانيا و ثالثا ، ثم انه على تقدير اعتبار المعنى الاول متى انتفى مثل هذا الضرر عن الشريك ، و طلب الاخر القسمة مع انتفاءه عنه أيضاً ، فانه يجب الاجابة الى القسمة ، ويجبر الممتنع ، وهو ظاهر لما تقدم من أنه يجب ايصال حقه اليه متى طلبه ، ولايجوز منعه ، اذ الفرض أنه لامانع من ذلك ، وأما عدم وجوبها مع ضرر الشريك فهو أيضاً ظاهر ، لخبر (٢) «لاضرر ولاضرار» الامع تضرر الطالب للقسمة بالشركة ، فيتعارض الضرران ، فينبغي أن

---

(١) و(٢) الكافي ج٥ص ٢٩٢ ح٢ الفقيه ج٣ ص ١٤٧ ح ١٨ والوسائل ج١٧ ص ٣١٩ ح ١ باب الشفعة .وباب احياء الموات ص ٣٤١ ح ١ و ٣٥٢

يرجح الاقل ضرراً ، ومع التساوی يشكل الامر ، فيحتمل الرجوع الى القرعة .

وأما لو تضرر الطالب للقسمة بالقسمة دون الممتنع ، فالظاهر أنه لايجب اجابته ،لان ارتكاب ذلك سفه وتضييع لماله ، الا أن يترتب على ذلك غرض صحيح.

قال فی الدروس ، ولو تضرر أحد الشريكين دون الاخر بالقسمة أجبر غير المتضرر بطلب الاجر دون العكس ، وفي المبسوط لايجبر أحدهما لتضرر الطالب ، وهو أحسن ، ان فسر التضرر بعدم الانتفاع ، وان فسر بنقص القيمة فالاول أحسن، وبذلك يظهر أن فی المسألة أقوالا ثلاثة .

ثالثها التفصيل الذی استحسنه شيخنا المذكور وهو جيد ، ولو اتفقا على القسمة مع تضمنها الضرر كالجوهر والسيف والعضايد الضيقة (١) فقد صرح المحقق فی هذا الكتاب بانه لايجوز قسمتها ، والمفهوم من كلام غيره أن القسمة المشتملة على ضرر لايجبر الممتنع عليها لكنها تصح بالتراضی والاتفاق عليها ، مع أنه فی كتاب القضاء من الشرايع فسر الضرر بنقص القيمة ، فحكمه هنا بعدم الجواز مع تفسير الضرر بما ذكره مشكل ، فان مجرد نقص القيمة لايبلغ حد المنع .

نعم لو فسر الضرر بعدم الانتفاع أمكن من حيث استلزامها تضييع المال بغير عوض ، فانه اذا لم ينتفع بالاجزاء فلا فائدة فی القسمة ، بل هو محض اتلاف وهو منهی عنه .

ثم انه فی كل موضع يتوقف القسمة على الجبر ، فالظاهر أن المجبر هو الحاكم الشرعی أو أمينه ، والظاهر أن مع تعذرهما فعدول المؤمنين كما هو فی ساير الحسبيات التی يتعذر ارجاعها الى الحاكم : و الاحوط العدلان ، و فی

(١) قال فی القاموس : واعضاد الحوض وغيره ما يشد حواليه من البناء ، ولم أقف فی كلام أهل اللغة على معنى يناسب ما ذكروه بعد فان دخول القسمة فيما كان هكذا لايخلو من تعسف و ظاهر كلامهم أن العضائد عبارة عن أماكن ضيقة تتضرر بالقسمة والله العالم منه رحمه الله .

وفي الاكتفاء بالواحد احتمال قوي .

الثالثة ـ لايخفى أن متساوي الاجزاء وهو المثلي الذي يصدق على قليله و كثيره اسم الكل ، وأجزاؤه متساوية في ذلك ، ولاتفاوت بينها غالباً كالحبوب والادهان تقسم قسمة اجبار على جميع الاقوال الثلاثة المتقدمة ، اذلاضرر بالقسمة فيتحقق فيها قسمة الاجبار مطلقا ، فان تراضيا بالقسمة والأأجبر الممتنع ، كذا صرحوا به من غيرخلاف يعرف .

قال في المسالك : ومثله الثياب المتعددة المتحدة في الجنس التي يمكن تعديلها بالقيمة ، وكذا الحيوان والعبد على الاقوى ، وظاهر المحقق الاردبيلي المناقشة هنا قال بعد ذكر ذلك : وفيه تأمل ، اذقديكون المقسوم يسيراً بحيث لوقسم لم يبق لكل قسم أولبعضه قيمة أصلا ، أوينقص نقصاناً فاحشاً بخلاف مالو بيع جميعاً بجعل لكل واحد من الشركاء من القيمه ماينتفع به ، وهوغير بعيد .

أقول : بل الظاهر بعده :لان الاحكام الشرعية انماتبنى على الافراد الكثيرة المتعارفة بين الناس دون الفروض الشاذة النادرة التي لاتكادتوجد الافرضاً ، و أما غير متساوي الاجزاء وهو القيمي كالثياب والحيوان والعبيد ، فانه لابدفيه من تقويم وتعديل ، فان حصل التساوي على وجه يقتضيه النظر من غير رد فانه يقسم كذلك ، ولكنه في هذه الصورة يجري فيه الاجبار كماأشار اليه شيخنا في المسالك في العبارة المتقدمة ـ بقوله «على الاقوى» .

وان لم يحصل التساوي فلابدأن يضم اليه بعض الدراهم أوالعروض ممايقابل به السهم الاخر ، فيقسم قسمة تراض ، والقسمة في هذه الصورة يعبر عنها بقسمة الرد لايدخلها الاجبار ، فلايجبر الممتنع ، بل انما تصح مع التراضي ، لانها مشتملة على معاوضة وبمنزلة البيع جزء من المال بذلك المضاف الى المال الاول ، فلابد من الرضا حينئذ .

الرابعة ـ متى حصلت القسمة والتميز بين السهام سواء كانت القسمة اجبارية ،

أوقسمة رد بحيث عدلت السهام على مايقتضية القسمه ، فلابدللتعيين بحيث يصير كل سهم ملكاً لمالك من أولئك الشركاء من القرعة ، وبها يصير ملكاله ،لايجوز التصرف فيه الاباذنه ، كساير أملاكه .

والظاهر كما صرح به المحقق الاردبيلي ـ انه بعد خروج القرعة لايحتاج الى رضاء الشريك مرةأخرى ، زيادة على الرضاء باصل القسمة ان كانت قسمة رد ، لأن القرعة قداخرجت للتعيين ، وقدتعين بها مال كل واحدمنهما ، وقيل انه ان كانت القسمة اجبارية ، فانه لايحتاج الى الرضا بعد القرعة ، وان كانت قسمة رد ، فان كان القاسم منصوباً من الامام فكذلك أيضاً ، (١) وان كانت القسمة والقرعة انما حصلت من المتقاسمين توقفت على تراضيهما بعدها ، لاشتمالها على المعاوضة ، فلابد من لفظ يدل عليها ، وأقله مايدل على الرضا ، و نقل ذلك عن الشيخ على في شرح القواعد ، وبه صرح في المسالك أيضاً ، و هو ظاهر العلامة أيضاً ، بل الظاهر أنه المشهور .

ورده المحقق المتقدم ذكره ، بأن الرضى الاول كاف ، والقرعة والتعديل بأنفسهما قديكفيان ، على أن منصوب الامام ليس بوكيل للشريك حتى يقبل له ، فانه منصوب للقسمة والقرعة فقط ، على أن القسمة مطلقا معاوضة كما صرح به الشهيد الثاني في شرح الشرايع ، ثم قال : كأن هذا القائل نظر الى ماذكرناه من أصل بقاء الملك على ملك مالكه ، وبقائه على الاشتراك ، وعدم خروج شيء عن ملك أحدهم ، والدخول في ملك آخر حتى يتحقق الدليل ، و مع الرضا بعدها أوالقرعة من قاسم الامام ناقل بالاجماع ، والباقي غير ظاهر كونه ناقلا حتى يتحقق ، ويمكن أن يقال : القرعة مع الرضى الاول ناقل فتأمل .

واعلم ان الظاهر أن القرعة والرضا ثانياً انما هو محتاج اليه للتملك، بحيث لايجوز لاحد العدول عنه ، والا الظاهر أنه يكفي الرضا بأخذ كل واحد قسماً بعد التعديل

---

(١) قال في الشرايع في كتاب القضاء والمنصوب من قبل الامام يمعني قسمته بنفس القرعة ولايشترط رضاهما بعدها و في غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعة و في هذا اشكال من حيث ان القرعة وسيلة الى تعيين الحق وقدقارنها الرضا . انتهى منه رحمه الله .

بالرضا ، فانه اذا رضى أن يأخذ عوض ماله من حصة الاخر من ماله ، الظاهر أن له ذلك ، وهو مسلط ، على ماله ، فله أن يفعل مايريد الا الممنوع ، ولامنع هنا ، لان الظاهر أنه تجارة عن تراض أيضاً ، وأكل مال الغير بطيب نفس منه .

والظاهر أنه وان لم يكن مملكا فلا كلام فى جواز التصرف فيه تصرف الملاك، مثل ماقيل فى العطايا والهدايا والتحف ، ويحتمل أن يكون تصرفاً بعقد باطل ، فيكون حراماً وهو بعيد جداً ، وعمل المسلمين على غير ذلك ، بل على الملك فتأمل انتهى كلامه ، وهو جيد وجيه .

وأنت خبير بأن أحداً من الاصحاب لم ينقل فى هذا المقام خبراً ولادليلا على شىء من هـذه الاحكام ، بل غايـة ما يستدلون به أمور اعتبارية ، مع أن هنا جملة من الاخبار يمكن الاستناد اليها فى بعض هذه الاحكام .

والذى وقفت عليه مما يتعلق بما نحن فيه رواية غياث (١) «عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علـي عليه السلام فى رجلين بينهما مال منه بأيديهما ، ومنه غائب عنهما فاقتسما الذى بأيديهما ، وأحال كل واحد منهما بنصيبه ، فقبض أحـدهما ولـم يقبض الاخر فقال : ما قبض أحدهما فهو بينهما ، وماذهب فهو بينهما» .

و بهذا المضمون رواية أبى حمزة الثمالى (٢) عن أبـى جعفر عليه السلام ورواية محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليهما السلام وصحيحة معاوية بن عمار (٤) و صحيحة عبدالله بن سنان (٥) و رواية سليمان بـن خالـد (٦) و المتبادر مـن هـذه الروايات ان الاقتسام انما وقع من الشركاء بمجرد تميز سهام كل واحد

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٢ ح ٥ الفقيه ج ٣ ص ٥٥ ح ١ الوسائل ج ١٣ ص ١٥٩ .

(٢) و(٣) و(٤) و(٥) الوسائل ج ١٣ باب عدم قسمة الدين المشترك قبل قبضه ص ١٧٩ وص ١٨٠ ح ٢و١ .

(٦) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ١١٦ ح ١

من ذلك المال المشترك الموجود بايديهم ، مثلياً كان ذلك المال أوقيمياً بعد تعديله كما تقدم ، من غير توقف على قاسم من جهة الامام ، ولاقرعة فى البين بأن رضي كل منهم بعد تساوي السهام بنقل حصته ، مما في يدشريكه بحصة شريكه مما في يده ، وكذلك قسمة ما في الذمم مما لم يكن فـي أيديهما ، الا أنه (ع) أبطل قسمة الغائب .

وبالجملة فاني لم أقف في الاخبار على ما ذكروه من القرعة ، و القاسم من جهة الامام ، بل ظاهرها كما ترى هو الصحة مـع تراضيهما بما يقتسمانـه ، وهومؤيد لما تقدم نقله عن شيخنا الشهيدالثاني من أن القسمة مطلقا معاوضة ، و ما ذكره المحقق المذكور من قوله ، والا الظاهرأنه يكفي الرضا بأخذ كل واحد قسماً بعد التعديل ،الى آخره فان هذا هو ظاهر هذه الاخبار ، فان قيل: ان غاية مايدل عليه هذه الاخبار انهما اقتسما فيمكن حمله علـى القسمة التي ذكرها الاصحاب ، كما تقدم من حضور القاسم من جهة الامام والقرعة ، وحكم المثلي و القيمي ــ قلنا : هذا فرع ثبوت هذه المذكورات في الاخبار ، والّا فالمتبادر انما هوما قلناه من تمييز الحصص و السهام بعضها عن بعض من أولئك الشركاء ، لامن شخص آخـر ، و هو ظاهر الاخبار ، حيث نسب الاقتسام الـى الشريكين ، والاصحاب قدذكروا القسمة في هذا الكتاب ، وفي كتاب القضاء ، وذكروا لها أحكاماً عديدة لم نقف لها على أثر في الاخبار في كل من الموضعين المذكورين ، والقرعة قدوردت بها الاخبارفي جملة من الموارد ، ولم يذكر فيها هذا الموضع الذي ذكروه هنا ، وغاية مايدل عليه عمومات بعض أخبارها التوقف عليها في موضع النزاع ، مثل قول الصادق (عليه السلام) فيما رواه الصدوق (١): وما تقارع قوم ففوضوا أمرهم الى الله تعالى الاخرج سهم المحق ، وأما مع التراضي فلاأثر في الاخبار لاعتبارها والتوقف عليها ، وكأنه بسبب التراضي يكون مـن

(١) الفقيه ج ٣ ص ٥٢ ح ٣ ، الوسائل ج ١٨ ص ١٨٨ ح ٦

قبيل الصلح في هذه المعاوضة، كما ورد في صحيحة محمد بن مسلم (١) عن احدهما (عليهما السلام) انه قال: في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي، فقال: لا بأس بذلك اذا تراضيا، وطابت أنفسهما».

نعم لو لم يحصل التراضي بعد تعديل القسمة أمكن القول بالقرعة، لهذا الخبر ونحوه، وبالجملة فان القسمة وما ذكر فيها من الاحكام غير موجود في كلام متقدمي علمائنا الاعلام، ولا أخبار أهل الذكر، عليهم السلام.

والذي يغلب على الظن القاصر أن الشيخ ومن تبعه من الاصحاب قد تبعوا في هذه المقامات العامة حيث أطالوا البحث عن ذلك في كتبهم بهذه الفروع التي ذكرها الاصحاب اختلافا واتفاقا. ولا يخفى على الخائض في الفن والناظر في كتب المتقدمين المقصورة على الاخبار، وأنه لم يقع التفريع في الاحكام، وكثرة الفروع في المسألة الواحدة، سيما في هذا الباب الا من الشيخ وتبعه من تأخر عنه، وكلها من كتب العامة، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك أيضاً والله العالم.

الخامسة ـ قد صرح الاصحاب بأنه لا يصح قسمة الوقف بأن يأخذ كل واحد من الشركاء فيه بعضاً ويتصرف فيه على حدة وتفصيل هذا الاجمال أن يقال: انه متى كان الواقف واحداً أو متعدداً والموقوف عليه متعدداً كأن يقف زيد داره على ذريته من الموجودين وما تناسل منهم وقفا مؤبدا مشتملا على شرائط الصحة واللزوم، أو يكون نصف الدار لزيد، ونصفها لعمرو، فيقف كل منهما حصته على تلك الذرية مثلا، فانه في هذه الصورة لا يجوز للموقوف عليهم قسمة الوقف، لانه اولا على خلاف وضع الواقف والموقوف على ما وقفت عليه، كما ورد

(١) التهذيب ج٦ص٢٠٦ح١، الكافي ج٥ص٢٥٨ح٢، الوسائل ج١٣ص١٦٥ح١.

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

به النص. (١)

وثانياً أن الوقف ليس ملكا لاولئك الموجودين الآن، لمشاركة البطون الاخر لهم في ذلك.

وثالثاً ان الحق يتغير بزيادة البطون ونقصانها، فربما استحق بعض بطون المتقاسمين أكثر مما ظهر بالقسمة، لمورثهم وبالعكس، وأما لو تعدد الواقف والموقوف عليه بأن كانت الدار مشتركة بين زيد وعمرو أنصافا، فوقف زيد نصفه على ذريته ووقف عمرو نصفه على ذريته، فانه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين قسمة هذا الوقف، بأن يميزوا أحد الوقفين عن الاخر، ومتى كان جزء من المال وقفا، وجزء منه ملكا، كبيت مثلا نصفه وقف، ونصفه ملك، فانه يجوز قسمته، وتميز الملك من الوقف، ويكون ناظر الوقف بمنزلة الشريك يتولى المقاسمة مع المالك.

قال في المسالك: هذا اذا لم تشتمل على رد، أواشتملت وكان الرد من الموقوف عليه، لانه زيادة في الوقف، فلوانعكس لم يصح، لانه كبيع جزء من الوقف، ثم على تقدير الرد من الموقوف عليه، هل يصير جميع حصته وقفا؟ أم يكون ما قابل الرد من الحصة ملكا لـه، لانـه معاوض عليها، احتمالان، والثاني أوجه.

---

(١) أقول: وتوضيحه أنه اذا وقف على ذريته على السوية ما تناسلوا بطناً بعد بطن فاتفق أن البطن الاول كان اثنين فانهم يقتسمون الحاصل أنصافاً، ولو كان البطن الثاني ثلاثة، فانهم يقتسمونه أثلاثاً وهكذا، فلو أن أصحاب البطن الاول اقتسموا الوقف أنصافاً ثم اتفق أن ورثة أحدهما كان اثنين و ورثة الاخر واحداً فان هذين الاثنين يستحقان ثلثا الوقف بالنظر الى وقف الواقف، وان كان مورثهم انما يستحق النصف وذلك الواحد بالنظر الى ماذكرنا انما يستحق الثلث وان كان مورثه يستحق النصف وعلى هذه الصورة فقس. منه رحمه الله.

نعم لو كان في مقابلة الرد وصف محض كالجودة كان الجميع وقفا، لعدم قبوله الانفصال، ولافرق في جواز قسمة الوقف من الطلق بين كون الجميع لواحد، أومختلف . انتهى .

السادسة ـ قد صرح غير واحد منهم بأنه يستحب للامام (عليه السلام) نصب قاسم ويشترط عدالته ومعرفته بالحساب، وقيل : بل ينبغي ذلك للحاكم مطلقا، وقال في الدروس : يستحب للقاضي نصب قاسم كامل مؤمن عاقل عارف بالحساب ولو كان عبداً، ولا يراعى فيمن تراض به الخصمان ذلك . انتهى، وعلله بعضهم باحتياج الناس اليه، اذقد يحصل الرضا في التعديل بقول بعضهم بعضا ولايعرفون ذلك خصوصاً في قسمة الرد ودليل اشتراط عدالته الوثوق بقوله، وأما معرفته للحساب، فلابد منها بمقدار مايحتاج اليه في القسمة، وانه لايكفي الواحد في قسمة الرد الا مع الرضا، لانه يحتاج فيها الى التعديل في القسمة حتى يتساوى الاقسام، بأن يقوم تلك العروض المراد قسمتها، وهل المراد بقسمة الرد هي ما اشتملت على رد من أحد الطرفين دراهم أوعروضا في مقابلة الزيادة من الطرف الاخر أو ما هو أعم من ذلك ومن التعديل والتسوية بين الاقسام ؟ وان لم يحتج الى رد .

وبالجملة المراد بقسمة الرد التعديل، لاالرد الحقيقي، قولان . والاول منقول عن الدروس، وبالثاني صرح المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) .

أقول : ويؤيد الاول قولهم أنه يقسم ما اشتمل على الرد قسمة تراض، وكيف كان فالاحتياج الى العدلين، وعدم الاكتفاء بالواحد لان القسمة يتوقف على التقويم، فلابد من مقومين عدلين، ليكونا حجة شرعية، ولانه لايحصل الوثوق بحيث يلزم الابقولهما، هذا اذالم يتراضيا بينهما بالقسمة بأنفسهما أوبشخص يتفقان عليه، عدل اوغير عدل، لان الرضا سيد الاحكام كما قيل .

قالوا : وأجرة القسّام من بيت المال، لانه موضوع لمصالح العامة، و لولم

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

يكن فيه شيء أو لم يكن ثمة بيت مال فمن مال الشركاء، لانه لمصالحهم فهو كالكيال والوزان لهما، وينبغي أن يكون ذلك بالحصص بينهم، بأن يقسم أجرة المثل على الحصص، فيعطي كل بنسبة ماله.

أقول : لايخفى أنه لاوجود لهذه الاحكام في الاخبار كما أشرنا اليه آنفا، وان كان بعضها يمكن استنباطه، وعمومات الاخبار في غير هذا المقام يأتي ان شاء الله في كتاب القضاء، وفق الله تعالى للوصول اليه.

الفصل الثالث في لواحق هذا الباب :

وفيه أيضاً مسائل : **الاولى** ـ المشهور بين الاصحاب أنه اذا باع الشريكان المتاع صفقة بثمن معلوم ثم استوفى أحدهما من المشترى شيئا من الثمن، فانه يشاركه فيه الاخر، واحترزوا بقولهم صفقة عما اذا باع كل منهما نصيبه بعقد على حدة، فانهما لا يشتركان فيما يقتضيه أحدهما اجماعاً.

والاصحاب فرضوا هذا الحكم في بيع الشريكين المتاع صفقة، لمناسبة باب الشركة، والا فهو يجرى أيضاً فيما لو كان سبب الشركة ميراثاً ونحوه، و لم ينقل الخلاف في هذه المسئلة الاعن ابن ادريس، فانه منع من الشركة فيما يقتضيه أحدهما لنفسه من ذلك المال المشترك، وحكم به لقابضه.

قال : واذا كان بينهما شيء فباعاه بثمن معلوم، كان لكل منهما ان يطالب المشترى بحقه، فاذا أخذ حقه شاركه فيه صاحبه على ما قدمناه، لان المال الذى في ذمة المشترى غير متميز، فكل جزء يحصل من جهته، فهو شركة بعد بينهما على ما ذكره شيخنا في نهايته، «والذى يقتضيه أصول مذهبنا أن كل واحد من الشريكين يستحق على المدين قدراً مخصوصاً وحقاً غير حق شريكه، وله هبة الغريم، وابراءه منه، فمتى أبرءه أحدهما من حقه برء منه فقط، وبقي حق الاخر الذى لم يبرءه منه فقط بلا خلاف، فاذا استوفاه وتقاضاه منه لم يشاركه شريكه الذى وهب، أو

أبرأ أوصالح منه على شيء بلا خلاف .

فان كان شريكه بعد في المال الذى في ذمة الغريم، لكان في هذه الصور كلها يشارك من لم يهب و لم يبرء فيما، يستوفيه منه ويقبضه ، ثم ان عين المال الذى كان شركة بينهما ذهبت ولم يستحقا في ذمة الغريم الذى هو المديـن عيناً لهما معينة ، بل ديناً في ذمته لكل واحد منهما مطالبة نصيبه ، وابراء ذمته و هبته ، و اذا أخذه وتقاضاه فما أخذ عينا من أعيان الشركة حتى يقاسمه شريكه فيها، ولم يذهب الى ذلك سوى شيخنا أبي جعفر الطوسي في نهايته، ومن قلده و تابعه، بل شيخنا المفيد محمد بن محمد بن النعمان لم يذكر ذلك في كتاب له ولا تصنيف ، و كذلك السيد المرتضى، ولا تعرضا للمسألة ، ولا وصفها أحد من أصحابنا المتقدمين في تصنيف له جملة ، ولا ذكرها أحد من القميين ، وانما ذكر ذلك شيخنا في نهايته من طريق أخبار الاحاد أورد ثلاثة أخبار احدها مرسل ، وعند من يعمل بأخبار الاحاد لا يلتفت اليه، ولو سلم الخبران الاخران تسليم جدل ، لكان لهما وجه صحيح يستمر على أصول المذهب والاعتبار، وهو أن المال الذى هو الدين كان على رجلين، فأخذ أحد الشريكين وتقاضا جميع ما على أحد الرجلين فالواجب عليه هنا أن يقاسم شريكه على نصف ما أخذه منه ، لانه أخذ ما يستحقه عليه و مـا يستحقه شريكه أيضاً عليه ، لان جميع ما على أحد المدينين لا يستحقه أحد الشريكين بانفراده ، دون شريكه الاخر، فهذا وجه صحيح ، فيحمل الخبران على ذلك اذا أحسنا الظن براويهما ، فليتأمل ذلك ، وينظر بعين الفكر الصافي ففيه غموض . انتهى .

وملخص استدلاله يرجع الى دليلين ،أحدهما أن لكل واحد من الشريكين أن يبرء الغريم من حقه ، ويهبه له و يصالح علـى شيء منه دون الاخر ، و متى أبرأه برء من حقه ، وان بقي حق الاخر، و كذا اذا وهب أوصالح ، فكما لا يشارك من وهب أو صالـح لشريك الاخر اذا استوفـى حقه ، فكـذلك لا يشاركـه هو لو استوفى حقه.

وثانيهما أن متعلق الشركة بينهما كان هو العين وقد ذهبت ، ولم يبق عوضها

الادين في ذمته ، فاذا أخذ أحدهما حقه منه لم يكن قد أخذ عيناً من أعيان الشركة ، بل من أمر كلي في ذمته لا يتعين الا بقبض المالك أو وكيله ، وهنا ليس كذلك ، لانه انما قبض لنفسه .

أقول : فيه أولا أن ماذكره من الدليل الاول ظاهر البطلان ، اذ لاملازمة بين الامرين ، بل الفرق بين الحالين ظاهر ، فانه في صورة الابراء أو الهبة أو الصلح قد برئت ذمة الغريم من مال الشريك الذى أبرأه ، أووهبه أوصالحه ، ولم يبق في ذمته الا حصة الشريك الاخر ، فكيف يشاركه فيما استوفاه ، وهو لم يستحق شيئا بالكلية بل صار كالاجنبي ، بخلاف مالو لم يقع شيء من هذه الثلاثة ، و بقي المال المشترك في ذمة الغريم ، كما هو محل البحث ، فاذا دفع شيئا والحال هذه فانما دفع عما في ذمته من المال المشترك ، والمدفوع انما هو من المال المشترك ، فلا يختص به القابض .

وثانيا أن ما ذكره في الدليل الثاني فهو وجه عقلي لا يسمع في مقابلة النصوص الصريحة الصحيحة ، فانها اجتهاد بحت في مقابلة النصوص ، و هو على قاعدته المنهدمة و طريقته المنخرمة من عدم العمل باخبار الاحاد جيد أما عند من لا يقول بقوله ، بل يعمل بها فلا وجه لهذا التعليل في مقابلتها ، وأما ما يفهم من المسالك من الميل الى ماذهب اليه ابن ادريس ، تمسكاً بما ذكره في الدليل الثاني حيث أيده وشيده بوجوه أطال بذكرها ، وطعن في أخبار المسئلة حيث قال : انها قاصرة عن الاستدلال بها لارسال بعضها ، وضعف الاخر وعدم صراحة المطلوب في بعضها ،

ففيه أن الكلام معه في هذا المقام يرجع الى الاستدلال بالاخبار المذكورة ، وبيان صحتها وصراحتها في المدعى ، فالواجب ذكرها هنا وبيان ما يدل عليه ، وان كنا قد قدمناها في كتاب الدين من المجلد المتقدم .

فنقول من الاخبار المذكورة ، مارواه الشيخ والصدوق في الصحيح عن

سليمان بن خالد (١) «قال : سألت أباعبدالله (عليه‌السلام) عن رجلين كان لهما مال منه بأيديهما ومنه متفرق عنهما ، فاقتسما بالسوية ماكان فى أيديهما وماكان غائبا عنهما ، فهلك نصيب أحدهما مماكان عنه غائبا ، و استوفى الاخر أيرد على صاحبه؟ قال : نعم مايذهب ماله» .

ومارواه الشيخ فى الموثق عن عبدالله بن سنان (٢) عن أبى عبدالله (عليه‌السلام) «قال : سألته عن رجلين بينهما مال ، منه دين ومنه عين فاقتسما العين والدين ، فتوى الذى كان لاحدهما من الدين أو بعضه ، وخرج الذى للاخر أيرد على صاحبه؟ قال : نعم ما يذهب بماله» .

وعن أبى حمزة (٣) « قال : سئل أبو جعفر (عليه‌السلام) عن رجلين بينهما مال ، منه بأيديهما ، ومنه غائب عنهما فاقتسما الذى بأيديهما ، وأحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب ، فاقتضى أحدهما ولم يقتض الاخر قال : مااقتضى أحدهما فهو بينهما ، مايذهب بماله؟» ،

ومثل ذلك رواية غياث (٤) عن جعفر عن أبيه عن علـى (عليهم‌السلام) ، وموثقة محمد بن مسلم (٥) عن أحدهما ، وموثقة معاوية بن عمار (٦) عن أبـى عبدالله عليه‌السلام ، ولايخفى على المتأمل المنصف أنه لامجال للطعن فى هـذه الاخبار ، وبعد ضم بعضها الى بعض ، فانهم فى كثير من الاحكام يعتمدون على خبر واحد ضعيف باصطلاحهم مـع جبره بالشهرة فكيف بهذه الاخبار على تعددها و شهرة القبول بها ، اذلامخالف فى ذلك سوى ابن ادريس ، و وجـود الصحيح

---

(١) الفقيه ج٣ ص٢٣ ح٩ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٨ ، الوسائل ج١٣ ص ١١٦ ب١ .

(٢) و(٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨٦ ح ٧ . وص ١٨٥ ح ٤ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٥٥ ح ١ ، التهذيب ج ٦ ص ٢١٢ ح ٥ .

(٥) و(٦) التهذيب ج٧ ص١٨٦ ح٥ و٦ ، وهذه الروايات فى الوسائل ج١٣ ص١٧٩ و١٨٠

باصطلاحهم فيها وبه يظهر أن المناقشة فيهامن حيث السند واهية لايلتفت اليها هذا مع تسليم العمل بهذا الاصطلاح المحدث ، والافالامر أهون من ذلك ، كماتقدم تحقيقه في جلد كتاب الطهارة من الكتاب .

وأما من حيث الدلالة فهي دالة بعمومها على جريان الحكم المذكور في الدين مطلقا ، اتحد المديون أو تعدد ، وتخصيصها كما ادعاه ابن ادريس فيماقدمنا نقله عنه بما اذاكان الدين على رجلين الى آخر ما ذكره يحتاج الى مخصص من الاخبار فليس ، وبه يظهر مافي المناقشة في الدلالة بأنها غير صريحة في المطلوب ، كما ذكره شيخنا المتقدم ذكره ، ولو تم ماذكره لبطل الاستدلال بالعمومات ، وهو خلاف ماعليه جميع العلماء الاعلام ، وأرباب النقض والابرام ، وغاية ماتعلق به في دليله الثاني أن متعلق الشركة انما هو العين وقدفاتت فاذا اخذ احد حقه لم يكن قد أخذ عيناً من الاعيان المشتركة ، بل من أمر كلي الى آخر ماذكره .

وفيه أنه ما المانع من جعل الثمن مشتركاً كالعين ، اذا اقتضته الادلة الشرعية ، بحيث يترتب عليه ما يترتب عليها ، وأي وجه قبح في ذلك ، فكل جزء يحصل من ذلك ، فهو بينهما كما أن الامر في العين كذلك .

وبالجملة فان الخروج عن ظواهر الاخبار بمجرد هذا الاعتبار مقابلة للنص بالاجتهاد ، وفيه خروج عن جادة السداد . وأما قوله ان هذه المسألة لم يتعرض لها أحد من المتقدمين ، ففيه أولا أن عدم التعرض لها والغفلة عنها لايوجب عدم القول بها ، مع قيام الدليل عليها ، وكم قد غفل المتقدمون عن جملة من الاحكام ، ونبه عليه المتأخرون ، بل المتأخرون ونبه عليها متأخرو المتأخرين .

وثانيا أن جل المتقدمين لم يصنفوا في فروع الاحكام ويبسطوا القول فيها ، والتفريع والبحث عنها ، وانما كانوا يذكرون الاخبار المتعلقة بالاحكام ، وهذه الطريقة كما اشرنا اليه آنفا ، انما كان مبدؤها من الشيخ ، على أن الصدوق قدنقل في الفقيه صحيحة سليمان بن خالد المذكورة ، وهو يؤذن بقوله بمضمونها ، بناء

على قاعدته المذكورة في كتابه ، والاصحاب انما ينسبون اليه الاقوال باعتبار ذلك ، فهو حينئذ من جملة القائلين بالقول المشهور .

وابن الجنيد قد صرح أيضاً بذلك ، وهو من المتقدمين على الشيخ فانه قال : لو أقتسم الشريكان وكان بعض المال في أيديهما وبعضه غائبا عنهما فاقتسما الذى بأيديهما ، و اختار كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فقبض أحدهما ، و لم يقبض الاخر فما قبض من المال بينهما . انتهى .

اذا عرفت ذلك فاعلم :أن في المقام اشكالا و ذلك أن مقتضى كلام الاصحاب في هذه المسألة أن الدين لايقبل القسمة ، و أن كل ما خرج منه فهو مشترك سواء كان في ذمة واحدة أو ذمم متعددة ، وقضية الحكم بالاشتراك برائة الغريم من حصة الشريك الاخر الذى لم يقبض من ذلك المدفوع لاستحالة بقاء الدين في الذمة مع صحة قبض عوضه ، وأنه لو تلف في يد القابض يكون التالف بينهما كلا أو بعضا ، لان الحق الكلي المشترك الذى كان في الذمة تعين بالقبض في المأخوذ . فهو لهما فلا يجوز لاحد هما التصرف فيه ، الا باذن الاخر .

و هذا هو ظاهر الاخبار المتقدمة ، والاصحاب لايقولون بذلك في الموضعين المذكورين ، فانهم صرحوا بالنسبة الى الاول بأنه مخير في الرجوع على الشريك أو الغريم ، وبالنسبة الى الثاني أن التالف يكون من القابض خاصة لايرجع على الشريك بشيء منه .

قال في التذكرة : لايصح قسمة ما في الذمم الى أن قال : فلو تقاسما ثم توى بعض المال رجع من توى ماله على من لم يتو ، وقال في موضع آخر : لو كان لرجلين دين بسبب واحد ، اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره فقبض أحد هما منه شيئا فللاخر مشاركته فيه ، وهو ظاهر مذهب احمد بن حنبل ، لما تقدم في المسألة السابقة في رواية معاوية بن عمار ، ولان تمليك القابض ما قبضه يقتضي قسمة الدين في الذمة من غير رضاء الشريك ، وهو باطل ، فوجب أن يكون المأخوذ

لهما ، والباقي بينهما ، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه ، سواء كان باقياً في يده أو أخرجه عنها ، وله أن يرجع على الغريم ، لان الحق ثابت في ذمته لهما على وجه سواء ، فليس له تسليم حق أحدهما الى الاخر ، فان أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء ، لان حقه ثابت في احد المحلين ، فاذا اختار أحدهما سقط حقه من الاخر ، وليس للقابض منعه من الغريم ، بأن يقول : انما أعطيك نصف ما قبضت ، بل الخيرة له من أيهما شاء قبض ، وان هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ، ولم يضمنه الشريك ، لانه قدر حقه فيما تعدى بالقبض ، وانما كان لشريكه مشاركته ، لثبوته في الاصل مشتركا ، ولو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه برء ، لانه بمنزلة قبضه ، وليس للشريك الرجوع عليه بشيء ، لانه لم يقبض شيئاً من حق الشريك انتهى .

وهو ظاهر فيما قدمنا نقله عنهم مع ورود ما ذكرناه عليه .

ويزيده بياناً أنه لايخلو الامر في هذا المقبوض ، اما أن يتعين كونه من الدين المشترك الذي في الذمة ، وحينئذ فيترتب عليه ما يترتب على المشترك ، من أنه لو تلف كان من الجميع ، وعدم الرجوع على الغريم بحصته من ذلك لان الحق المشترك قد تعين ، وانحصر في المأخوذ ، وأنه لا يجوز للشريك التصرف فيه الا باذن الاخر .

واما أن لايتعين كونه منه ، فانه يكون باقياً على ملك الغريم ، ولايتعين حق القابض فيه ، فضلا عن الشريك الاخر وهم لايقولون بذلك ، أو يتعين كون الكل حقه ، كما يدل عليه قولهم أنه لو تلف في يده تعين حقه فيه ، ولم يضمنه الشريك ، فلا وجه لرجوع الشريك عليه ، وكونه شريكا له فيه ، ولا معنى لقولهم : «أن الدين غير قابل للقسمة» .

وبالجملة : فان كلامه هنا لايخلو من تدافع وتناقض ، وتوضيحه زيادة على ماعرفت أن قوله : «يقتضي قسمة الدين في الذمة من غير رضى الشريك وهو باطل» يعطي أنه مع الرضا صحيح ، وهم لايقولون بذلك ، و قوله : «فوجب أن يكون المأخوذ لهما ،

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

والباقي بينهما» صريح في الشركة ، وكذا قوله: « رجع من توى ماله على من لم يتو » وحينئذ فيجب أن يترتب عليه ماذكرناه من عدم الرجوع على الغريم وكان التالف منهما ، و قوله: « فليس له تسليم حق أحدهما الى الاخر » ظاهر في عدم تعين حق للشريك الاخر في ذلك المقبوض ، وكذا قوله: « تعدى بالقبض » مع أنه لاخلاف في التشريك .

ويمكن الجواب عن الاشكال المذكور وما يترتب عليه من هذه الامور ، بأن يقال : ان الحكم بأن ما خرج فهو مشترك بينهما ـ يجري فيه ما يجري في المشتركات ـ ليس على اطلاقه ، اللازم منه تعين حق الشريك في ذلك المقبوض من حيث الشركة .

وكذا قولهم : « ان الدين المشترك لايقبل القسمة » ليس على اطلاقه ، بل المراد أنه اذا طالب أحد الشريكين بحقه فلاشبهة في استحقاقه ذلك ، ومن ثم اجمعوا على أن له المطالبة منفرداً ، فاذا دفع له المديون شيئاً من المال المشترك على أن يكون حقه وحصته ، فللشريك الاخر اجازة ذلك والرضاء به ، فيكون شريكاً له فيه ، وأن لايرضا به ولايجيزه ، فيكون حقه باقياً في ذمة المديون ، ومن هنا قالوا : بالتخيير بين الرجوع على الشريك ، أو الرجوع على المديون ، وأنه مع التلف يكون على القابض خاصة ، دون الشريك ، يعني من حيث عدم الاجازة والرضاء بذلك ، وأن حقه رجع الى ذمة المديون ، وأما قولهم : « أن الدين المشترك لايقبل القسمة » فالمراد أنه لايقبل القسمة مع استلزامها فوات حق أحد الشريكين ، والا فالقسمة فيه جائزة مفيدة للملك في الجملة ، الا أن لزومها متوقف على حصول حصة كل من الشريكين بيده أو يد وكيله ، فلو تراضيا بالقسمة صحت بشرط وصول كل حق الى مستحقه أو بمعنى أن ماحصل فلهما وماتوى فعليهما .

ألا ترى أن الاخبار المتقدمة كلها متفقة في أنه بعد القسمة ان توى مال أحدهما وخرج مال الاخر رجع من لم يقبض على من قبض وأن رجوع من لم يقبض

على من قبض ، انما هو من حيث ذلك ، ولا دلالة فيها على المنع من القسمة ، مع وصول كل حق الى مستحقه ، بل ظاهرها أنه مع ذلك فالقسمة صحيحة ، فان قوله (عليه السلام) من جملتها « مايذهب بماله » ظاهر ، في أنه لو لم يذهب شيء من المال ، كانت صحيحة ، وحينئذ فلو فرضنا وقوع القسمة بغير رضاها ، بأن أخذ أحد الشريكين حصة من الغريم ، على انها حصته فقط ، فليس للشريك الاخر مزاحمته والاخذ منه لان حقه في ذمة الغريم ، وقد أعطاه حقه ، فيكون المال له الأن لزوم ذلك وصيرورته بحيث لايزاحمه الشريك الاخر موقوف على وصول حق الشريك اليه وعدم تلفه ، وهذا الوجه أنسب بالنظر الى الاخبار كما عرفت ، والاول أنسب بالنسبة الى كلام الاصحاب والله العالم .

المسئلة الثانية ـ قال في المختلف: اذا شارك نفسان في سقاء، على أن يكون من أحدهما جمل ، ومن الاخر راوية ، واستقى فيها على أن ما يرتفع يكون بينهم لم يصح هذه الشركة ، لان من شرطها اختلاط الاموال ، وهذا لم يختلط ، ولايمكن أن يكون اجارة ، لان الاجرة فيها غير معلومة ، فالحاصل للسقاء ، ويرجع الاخران عليه بأجرة المثل في مالهما من جمل وراوية .

قاله ابن ادريس والشيخ أيضاً ، قال ذلك في المبسوط ، قال فيه : وقيل : يقتسمون بينهم أثلاثا ، ويكون لكل واحد منهما ثلثها ، ويكون لكل واحد منهم على صاحبه أجرة ماله على كل واحد منهما ثلثها ، ويسقط الثلث ، لان ثلث النفع حصل له ، قال الشيخ : والوجهان قريبان ، ويكون الاول على وجه الصلح ، والثانى من الحكم ، وما قربه الشيخ قريب انتهى .

أقول : لاريب في بطلان الشركة المذكورة لانها مركبة من شركة الابدان وشركة الاموال مع عدم المزج ، وكل منها باطل كما تقدم ، ومقتضى القواعد في مثل هذا هو ما ذكر أولا من أن الحاصل للسقاء ويرجع عليه الاخران بأجرة المثل .

وأما الثاني فلاوجه لـه ، الا ، أن يرجـع الى أجرة المثل ، فقول الشيخ أن الاول علـى وجـه الصلح ، و الثاني من الحكم لاأعرف لـه وجهـاً وجيها ، وتوضيح الثاني من الوجهين المذكورين أنه يقسم الحاصل بينهم أثلاثا ، فان كانت أجرة مثلهم متساوية فلابحث ، وان كانت متفاضلة رجع كل واحد منهم بثلث أجرة مثله على الاخرين ، مضافا الى الثلث الذى حصل له ، فلو فرض أن الحاصل كان ستة دراهم ، فانهم يقتسمونها أثلاثاً لكل واحد درهمان ، و كان أجـرة المثل للسقاء ثلاثة دراهم ، ولصاحب الراوية درهمان ، ولصاحب الدابة درهم ، فانه يرجع السقاء بثلث أجرته ، وهو درهم على صاحب الدابة ، وبثلثهما و هو درهم علـى صاحب الراوية فيحصل عنده أربعة دراهم ، ويرجع صاحب الراوية على كل من السقاء وصاحب الدابة بثلثي درهم ، فصار معه درهمان وثلث درهم ، ويرجع صاحب الدابة على كل من الاخرين بثلث درهم فصار معه درهم ، وحينئذ فيصير لكل واحد أجرة مثله ، وهي ثلاثة للسقاء واثنان لصاحب الراوية ، و واحد لصاحب الدابة .

قال في المسالك بعد ذكر الوجه الاول . وهذا يتم مع كون الماء ملكا للسقاء أو مباحاً ونوى الملك لنفسه أولم ينو شيئا ، أما لو نواه لهم جميعا كان كالوكيل ، والاقوى انهم يشتركون فيه ، حينئذ ويكون أجرته وأجـرة الراوية والدابـة عليهم أثلاثاً فيسقط عن كل واحد ثلث الاجرة المنوية اليه ، ويرجع على كـل واحد بثلث انتهى .

وأنت خبير بأن ظاهر عبارة الشيخ المتقدمة هو كون محل الوجهين أمراً واحداً ، وعليه جمد العلامة في نقله له ، وظاهر كلامه هنا أن كلا من الوجهين مبنى على أمر غير ما بنى عليه الاخر ، على انه سيأتى في المسئلة الاتية مايدل

على أن المراد مجرد هذه النية التي فرع عليها هذا الوجه لايؤثر في الاشتراك، كما هو صريح عبارة المحقق الآتية في تلك المسألة، وكذا صريح عبارة الشيخ الآتية، وظاهره الجمود على عبارة المحقق الآتية، وانما نازع في الوكيل خاصة، ودعواه هنا أنه كالوكيل يجري في عبارة المحقق الآتية، مع أنه لم يقل بذلك. والله العالم.

الثالثة : لو حاش صيداً واحتطب أو حش بنية أنه له و لغيره لم تؤثر تلك النية، وكان بأجمعه له خاصة، صرح به المحقق في الشرايع، وبنحو ذلك صرح الشيخ في المبسوط، فقال: اذا أذن الرجل أن يصطاد له صيداً فاصطاد الصيد بنية أن يكون للامر دونه، فلمن يكون هذا الصيد؟ قيل فيه: ان ذلك بمنزلة الماء المباح اذا استسقاه السقاء بنية أن يكون بينهم، وأن الثمن يكون له دون شريكه، فهيهنا يكون الصيد للصياد دون الامر، لانه تفرد بالحيازة، وقيل: أنه يكون للامر لانه اصطاده بنيته، فاعتبرت النية والاول أصح انتهى.

ومقتضى القول الثاني فيما نقله هنا أن يكون كذلك في المسألة التي نقلناها عن المحقق، مع أنه لم ينقل ثمة خلافا، و بناءما حكموا به على أن المملك هو الحيازة، والنية لاأثر لها هنا وهو مشكل، وقد نقل في المختلف عن الشيخ في باب احياء الموات من الكتاب المذكور أنه اذا نزل قوم موضعاً من الموات فحفروا فيه بئراً ليشربوا منها، ويسقوا بها غنمهم ومواشيهم منها مدة مقامهم، ولم يقصدوا التملك بالاحياء؛ فانهم لايملكونها لان المحيي انما يملك بالاحياء اذا قصد تملكه به، فانه اعتبر هنا النية والقصد الى الملك، والالم يملك، و هو ظاهر في عدم الاكتفاء بمجرد الاحياء والحيازة، وقال في باب الشركة من المبسوط أيضاً: يجوز أن يستأجره ليحتطب له أو يحش له مدة معلومة.

أقول: و هذا الكلام أيضاً ظاهر في أنه لابد في صحة الحيازة، من

نية التملك والا لماصح الاستيجار لان المستأجر يملكه بمجرد الحيازة فلايتصور ملك المستأجر له ، وأما اذاقلنا بتوقفه على النية ، فانه يصح الاستيجار ، وكذا يصح التوكيل في ذلك ، لان الملك يكون تابعاً للنية ، فاذا نوى ملك غيره مع كونه نائبا عنه صح .

قال في المختلف بعد نقل هذه الاقوال عن الشيخ : و عندى في ذلك تردد .

وقال في المسالك ـ بعد نقل عبارة الشرايع المتقدمة الدالة على جزمه بعدم تاثير النية وأن الجميع لمن حازه خاصة : ما صورته هذا الجزم انما يتم لو لم يكن وكيلا للغير في ذلك ، والا اتى الاشكال الذى ذكره من توقف ملك المباح على النية ، فانا لو قلنا بتوقفه وكان وكيلا ثبت الملك لهما ؛ ولو قلنا بعدم توقفه ففي ثبوت الملك للمحيز نظر ، من حصول علة الملك و هي الحيازة ، فيثبت المعلول ، و من وجود المانع للملك وهو نية عدمه ، بل اثباته للغير انتهى .

وأنت خبير بأن مقتضى ماقدمنا نقله عنه في سابق هذه المسئلة من أن السقاء لو نوى كون الماء المباح لهم جميعاً كان كالوكيل ، ينافي ما جمد عليه من جزم المصنف هنا بأنه بأجمعه للمحيز خاصة ، وأن النية لم تؤثر شيئاً حيث أنه لم يناقش الافيما لوكان وكيلا بالفعل .

وبالجملة فان كلامه في هذين المقامين لايخلو من نوع مدافعة ، وكيف كان فان الكلام في هذا المقام مبني على الكلام في حيازة المباح ، وأنه هل يكفي مجرد الحيازة ، أو يحتاج الى النية ، أو تكفي الحيازة مع عدم نية عدم الملك فلو نوى عدمه أثرت ولم يتم الملك ؟ أقوال ثلاثة .

وظاهر جملة من المحققين كالمحقق في الشرايع والعلامة في جملة من كتبه و منها ماتقدم في عبارة المختلف و نقل عن الشيخ أيضاً التوقف في ذلك ، وهو في محله ، لعدم الدليل الواضح على شيء من هذه الاقوال . ولايخفى أن هذه

المسئلة لاتعلق لها بكتاب الشركة الامن حيث هذين الفرعين المذكورين ، والافمحلها انماهو كتاب احياء الموات و سنحقق البحث فيها بعدالوصول اليه انشاءالله تعالى . والله العالم .

الرابعة : قال المحقق : لوباع أحد الشريكين سلعة بينهما وهوو كيل فى القبض ، وادعى المشترى تسليم الثمن الى البايع ، و صدقه الشريك برء المشترى من حقه ، وقبلت شهادته على القابض فى النصف الاخر ، وهوحصة البايع لارتفاع التهمة عنه فى ذلك القدر ، ولوادعى تسليمه الى الشريك فصدقه البايع ، لم يبرء المشترى من شيء من الثمن ، لان حصة البايع لم تسلم اليه و لاالى و كيله ، و الشريك منكر ، فالقول قوله مع يمينه ، و قيل : يقبل شهادة البايع ، والمنع فى المسئلتين أشبه . انتهى .

أقول : تحقيق الكلام فى هذاالمقام يقع فى موضعين : أحدهما ـ مالو كانت الدعوى بين البايع من الشريكين والمشترى ، وهى تنجر بالاخرة أيضاً الى الدعوى بين الشريكين كماسيظهر لك انشاءالله تعالى ، فههنا صورتان : الاولى ـ وقوع الدعوى بين البايع من الشريكين و المشترى ، والمفروض فيها أن البايع من الشريكين و كيل من جهة الشريك الاخر فى قبض الثمن ، كما أنه و كيل فى البيع ، ففى هذه الحالة ادعى المشترى أنه دفع الثمن الى البايع ، و صدقه الشريك الاخر ، وأنكر البايع ذلك، فان أقام المشترى البينة برئت ذمته من الحقين ، أما من حق البايع فبالبينة واما من حق الشريك الاخر فبهاو بتصديقه للبايع فى دعواه .

ولو كان عدلا قبلت شهادته على شريكه ؛ لان الشهادة على الشريك مقبولة ، لامانع منها ، لعدم التهمة ، لكنها انماتقبل فى حصة الشريك البايع لا فى الجميع المتضمن لحصة نفسه ، لتطرق التهمة فيها (١) كما يشير اليه قوله: «وقبلت شهادته

---

(١) ووجهه على ماذكروه أنه لوثبت ذلك بشهادته لطالب الشهود عليه بحقه ، وذلك جر نفع ظاهر ، فلاتقبل حينئذ للتهمة . منه رحمه الله .

على القابض في النصف الاخر، وهو حصة البايع، لارتفاع التهمة عنه في ذلك القدر.

وان لم يقم المشترى بينة بأداء الثمن كان القول قول البايع بيمينه، لانه منكر، وحينئذ فان حلف استحق أخذ نصيبه خاصة، لاعتراف شريكه ببرائة ذمة المشترى، حيث أنه وافقه على دفع الثمن، وأنه صار برىء الذمة، وأن شريكه قد قبض ذلك اصالة لنفسه، ووكالة عنه، والوكالة قد بطلت بفعل متعلق الوكالة وهو القبض، فليس له مشاركة الشريك فيما قبضه باليمين وان كان المال في الاصل مشتركا، لاعترافه بأن ماقبضه شريكه ظلم، وأن حقه انما هو في ذمة شريكه البايع بالقبض الاول، وان نكل البايع عن اليمين ردت على المشترى، فان حلف انه أقبض الثمن جميعه انقطعت عنه المطالبة، وان نكل(١) الزم بنصيب البايع خاصة.

قالوا: وحيث يثبت الاداء الى البايع بالبينة، فللشريك المطالبة بحصته، دون ما اذا ثبت ذلك بشاهد ويمين أو باليمين المردودة على المشترى، أو بنكول البايع على القول بالقضاء به، لان ذلك انما يؤثر في حق المتخاصمين، لا في حق غيرهما.

أقول: والظاهر أن السبب في ذلك من حيث اليمين، لانها لايثبت مالا لغير الحالف كالبينة، وعليه يتفرع النكول كما لايخفى.

الصورة الثانية: الدعوى بين الشريكين، وقد عرفت أن الشريك البايع وكيل من جهة شريكه المدعى هنا في قبض الثمن، وهو قد صدق المشترى في

(١) قال في المسالك: فان نكل يعني المشترى الزم نصيب البايع ان لم نقض بالنكول، لاصالة بقاء الثمن في ذمته، حيث لم يثبت الاداء بحصة البايع. انتهى.

أقول: والظاهر ان رد اليمين على المشترى بعد نكول البايع مبنى على ماهو المشهور بين المتأخرين والا فانه على القول الاخر، وهو انه متى نكل المنكر عن اليمين يقضى عليه بمجرد نكوله لايتجه الرد على المشترى. منه رحمه الله.

قبض شريكه له ، وحينئذ فالشريك هنا يدعي على شريكه البايع حصته من الثمن ، وشريكه يدعي بقاءها في ذمة المشترى لانكاره القبض منه وعلى هذا فان أقام الشريك بينة بأن شريكه البايع قد قبض الثمن من المشترى كما يدعيه رجع عليه بحقه منه ، والا فالقول قول شريكه ، لانه منكر القبض ، فيقبل قوله مع يمينه ، فان حلف انقطعت الدعوى ، وان نكل أورد اليمين حلف الشريك المقر ، واخذ منه حصته ، ولا يرجع البايع بذلك على المشترى ، لاعترافه بظلم شريكه له في فعله ، وأنه لايستحق في ذمته شيئا ، وانما حقه باق في ذمة المشترى ، ولان ذمة المشترى بريئة من حصته ، لاعترافه بدفع ذلك الى البايع ، فلايمكن أن يقال ان رجوعه عليه لكونه قد أدّى عنه ديناً في ذمته ، فيرجع به عليه .

هذا كله فيما اذا تقدمت الخصومة الاولى على الثانية كما رتبناه .

اما اذا تقدمت الثانية فان الحكم كما ذكر أيضا ، الا أن الشريك المقر لاتقبل شهادته على البايع ، لسبق خصومته فيتطرق اليه التهمة .

وثانيهما : مالو كانت الدعوى بين المشترى والشريك الاذن بأن ادعى المشترى أنه بعد الشراء من الشريك البايع سلم الثمن الى شريكه الاخر ، وصدقه الشريك البايع على ذلك ، والشريك المدعى عليه منكر ، فالقول قوله بيمينه ، كما هي القاعدة المتفق عليها .

وتفصيل الكلام هنا أن يقال ان البايع هنا اما أن يكون قد أذن للشريك المدعى عليه في قبض حصته من الثمن أولا وعلى التقديرين فاما أن قد أذن أيضاً لشريكه البايع في القبض أم لا ، وحينئذ فان كان الشريك المدعى عليه مأذونا في القبض برئ المشترى من حصة البايع ، لاعترافه بقبض وكيله حيث

أنه صدق المشتري في دعواه الدفع لشريكه ، والحال أنه مأذون منه وان لم يكن مأذوناً في القبض لم يبرىء المشتري من حصة البايع ، لانه لم يدفع حصته اليه ، ولا الى وكيله ، أما عدم الدفع اليه فظاهر ، لان المشتري انما يدعي الدفع على شريكه ، وأما عدم الدفع الى وكيله فلان المدعى عليه غير وكيل ، ولا مأذون كما هو المفروض ، وكذا لا تبرىء ذمته من حصة الشريك المدعى عليه ، لانكاره القبض . وحينئذ فيقدم قول الشريك المدعى عليه بيمينه مع عدم البينة .

ثم ان طالب البايع المشتري بحصته ، فلشريكه مشاركته في ذلك كما في كل مال مشترك لأنه منكر للقبض ، والمال الذي في ذمة المشتري مشترك بينهما ، وله أن لا يشاركه ، بل يرجع على المشتري بحصته ويطالبها ، وعلى تقدير مشاركته للبايع في حصته التي قبضها من المشتري ، انما يبقى للبايع ربع الثمن وليس للبايع مطالبة المشتري بعوض ما أخذه شريكه ، لانه يعترف بظلم الشريك له في المشاركة ، وأخذه نصف ما قبضه .

ثم انه متى شارك فيما قبضه(١) رجع ببقية حصته على المشتري ، لان حقه منحصر فيهما ، وأما قوله في آخر العبارة « وقيل : تقبل شهادة البايع والمنع في المسألتين أشبه » ، وأشار بالمسألتين الى هذه المسألة وسابقتها باعتبار اشتمالها على شهادة الشريك للمشتري على البايع ففيه تفصيل .

أما في المسألة السابقة فقد تقدم بيانه ، وأما في هذه فانه لا يخلو اما أن يكون الشريك المدعى عليه القبض مأذوناً من جهة شريكه البايع في القبض أم لا ، فعلى

(١) اقول : مشاركته له فيما قبضه بناء على ظاهر كلام الاصحاب في مسألة المال المشترك كما تقدم ، واما على ما يظهر من الاخبار كما تقدمت الاشارة اليه من أن رجوع الشريك على شريكه مقاسمة له مخصوصة بما اذا توى بقية المال ، والا فالقسمة صحيحة ، وحصة الغير القابض يرجع بها على من عليه المال في ذمته لا على شريكه ، الا ان يتعذر حصولها فيرجع على الشريك حينئذ ولا يرجع هنا على الشريك . منه رحمه الله .

الاول لاتقبل لحصول التهمة ، لانه بالنسبة الى حصته يشهد لنفسه على الذى لم يبع لان المفروض أن القابض مأذون من جهته في القبض ، ووكيل عنه ، فهو في الحقيقة ليشهد لنفسه على شريكه .

وحينئذ يلزم تبعيض الشهادة ، والشهادة اذا ردت في بعض المشهود به هل تسمع في الباقي أم لا ؟ وجهان : عندهم .

وأما على الثاني فانها تقبل لعدم التهمة ، حيث إن الشريك ليس وكيلا للبايع في القبض ، وانما حق البايع باق على المشترى كما تقدم ، فليست الشهادة متبعضة كالاولى ، هذا ما يفهم من تقرير الاصحاب في المسئلة .

وأما كلام المحقق هنا واختياره المنع من قبول شهادة البايع ، مع أن المفروض في كلامه انما هو الثاني من هذا الترديد ، فقيل : ان الوجه فيه أن البايع وهو الشاهد ، وان لم يكن شريكا للقابض فيما قبضه ، لعدم الاذن له ، الا أن الشهادة تجر نفعاً ، من حيث أنه اذا حصل الثبوت بهذه الشهادة بانضمام شاهد آخر أو يمين مثلا ، وقبض هذا الشاهد نصيبه من المشترى مسلم له ، ولايشاركه فيه شريكه ، بناء على استحقاق المشاركة اذا لم يثبت القبض ، هذا ملخص كلامهم في هذا المقام .

ولايخفى على من راجع كتاب التذكرة أن أصل هذه المسئلة وطرحها في محل البحث انما هو من العامة ، كسائر المسائل المذكورة ، ولهم فيها أقوال منتشرة ، واختلافات متكثرة ، وقد جرى فيها أصحابنا على بعض ماجروا عليه ، واختاروا فيها ماجنحوا اليه ، وجملة من شقوقها موافقة للاصول الشرعية ، وجملة منها مدار كها غامضة خفية ، والله العالم .

الخامسة : قال الشيخ في الخلاف : اذا كان لرجلين عبدان لكل واحد منهما

عبد بانفراده ، فباعاهما مـن رجل واحد بثمن واحد لايصح البيع ، لانه بمنزلة عقدين ، لانه لعاقدين ، وثمن كل واحد منهما مجهول ، لان ثمنهما يتقسّط على قدر قيمتهما ، وذلك مجهول والثمن اذاكان مجهولا بطل العقد ، بخلاف مالو كانا لواحد ، لانه عقدواحد ، وانمابطل الاول من حيث كانا عقدين .

وقال في المبسوط : اذا كانا مختلفي القيمة بطـل ، وان تساويا صح انتهى . وظاهر كلام جملة من المتأخرين الصحة مطلقا .

قال فـي المختلف بعد نقل ذلك عن الشيخ : والقـولان ضعيفان عندي ، والحق صحة البيـع فيهما ، سواء كان متفاوتي القيمة أومتساوي القيمة ، لان الثمن في مقابلة المجموع ، والتقسيط الحكمي لا يقتضي التقسيط لفظاً ، والجهالة انمـا تتطرق بالاعتبار الثاني ، دون الاول ، ولهـذا لوكان عبداً واحداً ولاحدهما فيه حصة والباقي للاخر ولم يعلم حصـة كل واحد منهما فباعاه صفقة واحدة صـح البيع ، وان اختلف عوض كل واحد من الحصتين ، باعتبار اختـلا فهما و كونهما في حكم العقدين لايقتضي كونهما عقدين ، ولهذا لوفسخ في أحدهما لم يـكن له الا رد الاخر ، وذلك يدل على اتحاد الصفقة . انتهى .

وبهذا الكلام بأدنى تفاوت عبر فـي المسالك ، وربما أشعر ظاهر كـلام المحقق في الشرايع بالتوقف ، حيث اقتصر على نقل القولين في المسألة مع حجة القول بالبطلان ، ولـم يتعرض لازيد من ذلك ، والظاهر هـو القول بالصحة لما عرفت ، وقد مر نظير ذلك في كتاب البيع في مسئلة بيع ما يملك وما لايملك .

أما لو كان العبدان لهما معاً أوكانا لواحد فلااشكال ولاخلاف في الجواز ، لزوال ماتوهم منه المنع في تلك المسئلة وهوتقسيط الثمن عليهما ، بل يقسمانه على نسبة الحصص ، و كـذا لو كانا لواحد مع أن ذلـك التقسيط لو أثر لامكن

تطرقه هنا لو عرض لاحدهما ما يبطل البيع كما لو خرج مستحقاً للغير ، أوظهر كونه حراً ، فان البيع في نفس الامر انما وقع على المملوك ، ولايعلم قسطه من الثمن ، ووجه الصحة في الجميع أن ثمن المبيع وقت العقد معلوم ، والتوزيع لاحق ، فلايقدح في الصحة .

السادسة : قد تقدم أن شركة الابدان باطلة ، وحينئذ فلو اشتركا كذلك فان تميز أجرة كل واحد عن صاحبه اختص كل واحد بحصته ، ولو تميز بعضها اختص أيضا به ، وهو مما لاخلاف فيه ولا اشكال ، وانما الاشكال مع اشتباه الحال فقيل : أنه يقسم الحاصل على قدر أجرة مثل عملهم ، نظراً الى أن الغالب العمل بأجرة المثل ، وأن الاجرة تابعة للعمل .

ومثله قسمة ثمن ما باعاه مشتركا بينهما على ثمن مثل ما لكل منهما ، وعلى هذا لو تميز بعض حق كل منهما أو أحدهما ضم الى الباقي في اعتبار النسبة ، وان اختص به مالكه ، وهذا القول اختيار المحقق في الشرايع .

وقيل : بتساويهما في الحاصل من غير نظر الى العمل ، لاصالة عدم زيادة أحدهما على الاخر ، ولان الاصل مع الاشتراك التساوى ، ولصدق العمل على كل واحد منهما ، والاصل عدم زيادة أحد العملين على الاخر ، والحاصل تابع للعمل ، ونقل هذا عن العلامة في أحد وجهيه ، ورد بمنع كون الاصل في المال والعمل التساوى ، بل الاصل هنا يرجع اليه ، لان زيادة مال شخص أو عمله على آخر ونقصانه ومساواته ليس أصلا لا بحسب العادة ، ولا في نفس الامر .

وبالجملة فضعف هذا الوجه أظهر من أن يحتاج الى مزيد تطويل .

وقيل : بالرجوع الى الصلح ، لانه طريق الى تيقن البراءة كما في كل مال مشتبه ، ونقل أيضاً عن العلامة في الوجه الاخر .

قال في المسالك : ولاشبهة في أنه أولى مع اتفاقهما عليه ، والا فما اختاره المصنف أعدل من التسوية .

أقول : ولا يخفى أن المسئلة غير منصوصة ، والاحتياط فيها واجب ، وهو يحصل بالقول الثالث ، وأما الاول فانه وان كان أقل بعداً من الثاني الا أنه لايخلو أيضاً من شيء فان مجرد كون الغالب العمل بأجرة المثل لايصلح لان يكون سبباً مملكاً شرعياً لما زاد بحسب الواقع ، فانه يجوز أن يكون أجرة عمل أحدهما بالنظر الى أجرة المثل درهمين ، وأجرة الاخرى بالنظر الى ذلك ثلاثة دراهم ، فلو اقتسما كذلك وكان الامر بحسب الواقع الذى قبضه كل منهما هو بالعكس ، لاحد الاسباب المقتضية لذلك من تراض ، ومسامحة أو مناقشة ، فانه لايكون مبيحاً للزيادة التي فيأحد الطرفين ، ولاحاسماً لمادة الاشكال واقعاً في البين بل الواجب عليهما لتحصيل براءة الذمة بيقين هو الرضاء بالصلح ليخرجوا بذلك من غضب رب لعاالمين . والله العالم .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كتاب المضاربة :

قال في التذكرة : وهي عقد شرعي لتجارة الانسان بمال غيره بحصة من الربح . انتهى .

وهذه التسمية لغة أهل العراق ، وأما أهل الحجاز فيسمون هذه المعاملة قراضاً ، قيل : ووجه المناسبة بالنسبة الى التسمية الاولى أنها من الضرب في الارض ، قال الله تعالى : « وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله »(١) لان العامل يضرب فيها للسعي على التجارة وابتغاء طلب الربح بطلب صاحب المال ، فكان الضرب مسبباً عنها طرداً لباب المفاعلة في طرفي الفاعل ، أو من ضرب كل منهما في الربح بسهم ، أو لما فيه من الضرب بالمال و تقليبه .

وأما وجه المناسبة في التسمية الثانية ، فهو اما من القرض ، وهو القطع كما يقال : قرض الفار الثوب أي : قطعه ، ومنه المقراض ، لانه يقطع به ، فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة ، وسلمها الى العامل ، واقتطع له قطعة من الربح ، أو من المقارضة ، و هي المساواة والموازنة ، يقال : تقارض الشاعران اذا وازن كل منهما الاخر بشعره .

---

(١) سورة المزمل الاية ١٩

وحكي عن أبي الدرداء أنه قال : قارض النـاس ماقارضوك ، فان تركتهم لم يتركوك يريد ساوهم فيما يقولون ، وهذا المعنى تحقـق هنا ، لان المال من جهة رب المال ، ومن جهة العامل العمل ، فقد تساويا في قيام العقد بهما ، فمن هذا المال ومن هذا العمل ، ويحتمل أن يكون ذلك لاشتراكهما في الربح ، وتساويهما في أصل استحقاقه ، وان اختلفا في كميته ، ويقال منه للمالك مقارض بكسر الراء ، وللعامل مقارض بالفتح ، ومن اللفظة الاولى يقال للعامل : مضارب بكسر الراء ، لانه الذي يضرب في الارض بالمال ويقلبه ، ولم يشتق أهل اللغة لرب المال من المضـاربة اسما ، بخـلاف القراض ، كـذا في التذكرة ، ونحوه في المسالك .

وقال في المسالك : واعلم أن من دفع الى غيره مالاً ليتجر به فلا يخلو اما أن يشترطا كون الربح بينهما ، أو لاحدهما أو لايشترطا شيئا ، فان اشترطاه بينهما فهو قـراض ، وان اشترطاه للعامـل فهو قـرض ، وان اشترطاه للمالك فهو بضاعة ، وان لـم يشترطا شيئا فكذلك ، الا أن للعامل أجرة المثل ، ونحوه قال في التذكرة .

واعترضهما المحقق الاردبيلي هنا في موضعـين : أحدهما ــ في البضاعة ، حيث حكمـا بأن للعامل أجـرة المثل ، قال بعد نقـل عبـارة التذكـرة قوله : « وعليه أجـرة المثل للعـامل » محل التأمل ، لان الاصـل عدم لزوم الاجرة ، وما ذكر من أنه اذا استعمل شخص بعمـل له أجرة عـادة لمثل هـذا الشخص ، يستحق به أجرة المثل ان ثبت ذلك ، وكان مانحن فيه من ذلك القبيل يكون له أجرة المثل ، والا فهو متبرع لما مر . انتهى .

وحاصله يرجع الى قيام احتمال التبرع ، فالحكم بالاجرة مع الاطلاق يحتاج الى دليل ، وليس فليس ، وهو جيد .

وثانيهما ـ قولهما في صورة ما اذا اشترطا الربح للعامل أنه قرض ، فان ظاهره المنع من الحكم بكونه قرضاً بمجرد هذا الشرط ، قال (رحمة الله عليه) : وكذا قوله : «كان المال قرضا ودينا» فان القرض يحتاج الى صيغة خاصة ، وله أحكام خاصة ، والمفروض عدم وجودها من المالك ، فكيف يحكم بوجوده ، وترتب أحكامه عليه ، ولان خروج المال عن ملك مالكه ودخوله في ملك آخر يحتاج الى ناقل ، وما وجد الا نحو قوله : «اتجر فيه فيكون الربح لك» وغير معلوم كون هذا المقدار مملكاً ، باعتبار أن كون الربح له فرع كون المال له ، فكأنه قال : المال لك بالعوض ، فربحه لك ، لان الاكتفاء في خروج مال عن ملكه ودخوله في ملك آخر بمثله من غير دلالة شرع به مشكل ، على أنه قد يكون العامل أو القائل جاهلا لا يعلم أنه لا يمكن كون المال باقياً على ملكه ، وكون الربح للعامل ، اذ يكون مقصوده اعطاء الربح للعامل ، بعد ان كان له ، وبالجملة ان وجد دليل مفيد لنقل الملك مع العوض يكون قرضاً ، والا فلا . انتهى .

وهو جيد أيضا ، الا أنه يمكن الجواب هنا بأنه ليس المراد ثبوت القرض وحصوله بمجرد هذا الاشتراك بل مع حصول القرض أولا بصيغته الدالة عليه ، والا لورد ماقاله أيضا بالنسبة الى القراض الذي هو محل البحث ، فانه لابد فيه من صيغة خاصة عندهم ، مع أن ظاهر هذا الكلام الاكتفاء بمجرد هذا الاشتراط ، وهم لا يقولون به .

وبالجملة فالمراد انما هو أن اشتراط الربح لهما معاً انما يكون في القراض ، واشتراطه للعامل خاصة انما يكون في القرض ، وللمالك خاصة انما يكون في البضاعة ، وهذا لا يدل على حصول القراض بمجرد هذا الاشتراط كما يوهمه ظاهر الكلام المتقدم ، ولا على حصول القرض كذلك (١) .

---

(١) قال في المسالك : وعقد القراض مركب من عقود كثيرة لان العامل مع صحة ←

على أنه يمكن الاستدلال هنا بما رواه في الكافي والتهذيب عن محمد بن قيس(١) في الصحيح عن أبي جعفر (عليه السلام) : قال : قال امير المؤمنين(ع) : من اتجر مالا واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان ، وقال : من ضمن تاجراً فليس له الا رأس ماله ، وليس له من الربح شيء » .

ومثله موثقة محمد بن قيس(٢) عن أبي جعفر (عليه السلام) قال : قضى علي (عليه السلام) في تاجر اتجر بمال واشترط نصف الربح فليس على المضارب ضمان وقال ايضاً : « من ضمن مضاربة فليس له الا رأس المال ، وليس له من الربح شيء » .

والتقريب فيهما أنه بمجرد تضمين المالك للمضارب يصير المال قرضاً ، ويخرج عن المضاربة ، وان لم يتقدم هناك عقد القرض أولا ، وهو في معنى اشتراط الربح للعامل ، فان الامرين من لوازم القرض .

قال في الوافي بعد نقل الخبرين المذكورين : اريد بالحديثين أن في المضاربة لاضمان على العامل ، فان اشترط عليه الضمان يصير قرضا انتهى . ومرجعه الى أنه باشتراطه الضمان كأنه قصد أن المال يكون قرضاً حينئذ ، كما أنه باشتراط الربح للعامل خاصة كأنه قصد ذلك ، وبه يندفع الايراد الثاني ، وأما الاول فهو لازم .

والكلام في هذا الكتاب يقع في مقاصد أربعة :

الاول : في العقد ومايلحق به ، وفيه مسائل : الاولى ـ قال العلامة في

التعدد وعدم ظهور ربح ودعى أمين ، ومع ظهوره شريك ومع التعدي غاصب وفي تصرفه وكيل ومع فساد العقد أجير . انتهى . أقول : الظاهر أن المراد أنه يترتب على هذا العقد من اللوازم باعتبار وجود بعض الامور وعدم بعض مايترتب على تلك العقود ، لان تلك العقود حاصلة في ضمن العقد كما يشعر به ظاهر الكلام . منه رحمه الله .

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٨ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٦ ح ٢ و ٤ .

التذكرة : لابد في هذه المعاملة من لفظ دال على الرضا من المتعاقدين ، اذ الرضاء من الامور الباطنية التي لا يطلع عليها الا الله تعالى ، وهذه المعاملة كغيرها من المعاملات يشترط فيها الرضا للاية ، واللفظ الدال على الايجاب أن يقول رب المال : ضاربتك أو قارضتك أو عاملتك على أن يكون الربح بيننا نصفين ، أو أثلاثا ، أو غير ذلك من الوجوه ، بشرط تعيين الاكثر لمن هو منهما ، والاقل كذلك ، والقبول أن يقول العامل قبلت أو رضيت أو غيرهما من الالفاظ الدالة على الرضاء بالايجاب ، وكذا الايجاب لايختص لفظاً فلو قال : خذه واتجر به على أن ما سهل الله في ذلك من ربح وفائدة يكون بيننا على السوية ، أو متفاوتا جاز ، ولابد من القبول على التواصل المعتبر في سائر العقود ، وهل يعتبر اللفظ ؟ الاقرب العدم ، فلو قال : خذ هذه الدراهم واتجر بها على أن الربح بيننا على كذا ، فأخذها واتجر بها فالاقرب الاكتفاء به في صحة العقد ، كالوكالة ويكون قراضاً .

ثم نقل عن جملة من العامة أنه لابد من القبول ، بخلاف الوكالة ، فان القراض عقد معاوضة ، فلايشبه الوكالة التي هي اذن ، ثم قال : والوجه الاول .

أقول : قد عرفت في غير موضع مما تقدم سهولة الامر في العقد ، وأنه ليس الا مادل على التراضي بتلك المعاملة ، وظاهر كلامه هنا وكذا كلام غيره الاكتفاء بما دل على الرضا ، وان كان فعلا في جانب القبول .

قال شيخنا الشهيد الثاني في الروضة : وفي اشتراط وقوع قبوله لفظاً أو جوازه بالفعل ، قولان : لايخلو ثانيهما من قوة ، وبذلك يظهر لك ما في قوله : « فلابد من القبول على التواصل المعتبر في سائر العقود » من التأمل ، فانه متى صح القبول بالفعل دون القول فلا معنى لاشتراط التواصل الذى هو عبارة عندهم

عن تعقيب الايجاب بالقبول ، وعدم الفصل بينهما ، فان هذا انما يتجه فيما لو كان القبول لفظاً ، الا أن يراد أنه لابد من التواصل وان كان القبول فعلا ، بأن يكون الاخذ بعد الايجاب بلافصل ، وهو بعيد .

وبالجملة فانه لادليل على اعتبار هذه المقارنة ، بل ربما دلت ظواهر جملة من الاخبار المشتملة على العقود على خلاف ذلك ، والاصل اناطة صحة العقد بالرضا ، والالفاظ الدالة عليه من الطرفين ، فان ذلك غاية ماتدل عليه الاية والروايات ، وماعداه من المقارنة المذكورة خال من الدليل ، ولاخلاف بينهم في أن القراض من العقود الجائزة من الطرفين ، ويؤيده أنه وكالة في الابتداء ، ثم قديصير شركة بعد العمل ، وكل من الوكالة والشركة من العقود الجائزة، ولافرق في ذلك بين انضاض المال بمعنى صيرورته دراهم بعد أن كان عروضا ، اوكان عروضا لم ينض ، فلكل منهما فسخه وان كان عروضا ، وليس لصاحب المال أن يكلف المضارب بانضاض العروض بان يصيرها دراهم كالاول وليس للمضارب أيضا أن يقول للمالك اصبر حتى ينض المال .

الثانية : في جملة من الشروط الواقعة في العقد ، قال في التذكرة : يجب التنجيز في العقد ، فلا يجوز تعليقه على شرط أو صفة مثل اذا دخلت الدار أو اذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك ، وكذا لايجوز تعليق البيع ونحوه لان الاصل عصمة مال الغير . انتهى .

أقول : لايخفى مافي دليله من تطرق النظر اليه ، فان عموم الادلة الدالة على جواز هذا العقد من آية و رواية شامل لما ذكره ، فانه تجارة عن تراض ، وعقد المضاربة التي قدمنا نقله عنه في صدر الكتاب شامل له .

وبالجملة فانه لادليل يعتمد عليه في ماذكره من البطلان بهذا الشرط ، والاصل عدمه ولوقال ضاربتك سنة بمعنى انه جعل اجلا للمضاربة لم تلزم

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

المضاربة في هذه المدة ، بل لكل منهما فسخها قبل الاجل ، والشرط والعقد صحيحان ، أما الشرط ففائدته المنع من التصرف بعدالسنة ، لان جواز التصرف تابع للاذن عن المالك ، ولا اذن بعدالمدة المذكورة ، وأما العقد فانه لامانع من صحته الا ما ربما يتوهم من هذا الشرط ، وهو غيرمناف لمقتضى العقد ، اذ غايته أن التصرف ليس مطلقا بل محدود بوقت معين ، وهو صحيح لماعرفت ، وكذا لوقال له : ان مرّت بك سنة فلا تشتر وبع ، أوقال : فلاتبع واشتر ، فانالعقد صحيح ، وكذا الشرط لعين ماعرفت ، من أن أمر البيع والشراء منوط بنظر المالك وأمره ، فله المنع منهما بعد السنة ، أو من أحدهما بطريق اولى ، وهذا بخلاف مالو شرط اللزوم ، بأن قال : على أني لا املك منعك ، فان هذا الشرط مناف لمقتضى العقد ، اذ مقتضاه كما عرفت الجواز ، فيكون الشرط المذكور باطلا ، وبه يبطل العقد على المشهور من أن العقد المشتمل على شرط فاسد باطل ، وشرط الاجل مرجعه الى تقييد التصرف بوقت خاص ، وهو غير مناف لمقتضى العقد كما عرفت .

ولو شرط عليه أن لايشتري الامن زيد ، ولايبيع الا على عمرو أولايشتري الا المتاع الفلاني ، أو لايسافر الا الى البلد الفلانية ، أو لايسافر بالكلية صح ووجب عليه العمل بالشرط فان خالف ضمن ، لكن لو ربح كان الربح بينهما .

ويدل على ذلك جملة من الاخبار منها ما رواه ثقة الاسلام و الشيخ عن محمد بن مسلم(١) في الصحيح عن احدهما (عليهما السلام) قال : « سألته عن الرجل يعطي المال مضاربة ، وينهى أن يخرج به فخرج قال : يضمن المال ، والربح بينهما » .

وروى الحلبي (٢) في الصحيح عن أبي عبدالله (عليه السلام) أنه قال :

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٩ ح٨٣٦

(٢) المصدر ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٨١ ح ١ و ٢

في الرجل يعطي الرجل المال فيقول له : ائت أرض كذا و كذا ولاتجاوزها ، واشتر منها قال : فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن ، وان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما » .

وما رواه من الكافي عن ابي الصباح الكناني (١) في الحسن « عن أبي عبدالله (عليه‌السلام) في الرجل يعمل المال مضاربة قال : له الربح وليس عليه من الوضيعة شيء ، الا أن يخالف عن شيء مما أمره صاحب المال » .

ومارواه الشيخ في التهذيب عن أبي بصير (٢) « عن أبي عبدالله (عليه السلام) في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة ونهاه أن يخرج به الى أرض أخرى ، فعصاه فقال : هو له ضامن ، والربح بينهما اذاخالف شرطه وعصاه » وعن الحلبي(٣) في الصحيح عن ابي عبدالله (عليه السلام) « قال المال الذي يعمل بـه مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء ، الاأن يخالف أمرصاحب المال » .

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن أبي الصباح (٤) « قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المضاربة يعطي الرجل المال يخرج به الى الارض ، ونهى أن يخرج به الى أرض غيرها ، فعصى فخرج به الى أرض أخرى فعطب المال ، فقال : هو ضامن ، وان سلم فربح فالربح بينهما » .

وما رواه الشيخ عن جميل (٥) « عن أبي عبدالله (عليه‌السلام) في رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة ، فذهب فاشترى به غير الذي أمره به ، قال : هو ضامن ، والربح بينهما على ماشرط » .

وهذه الرواية في طريقها معاوية بن حكيم ، وهو وان قال النجاشي :

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤١ ح ٧ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨٧ ح ١٣ و ١٤ .

(٤) و (٥) التهذيب ج ٧ ص ١٨٩ ح ٢٣ و ١٩٣ ح ٣٩ ، الفقيه ج ٣ ص ١٤٣ ح ١ وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ١٨١ و ١٨٢ .

انه ثقة جليل ، الا أن الكشي قال : انه فطحي ، و هو عدل عالم ، وبذلك يظهر لك مافي قول المحقق الاردبيلي ان هذه الرواية أصح الروايات التي في هـذا البـاب .

وما رواه الشيخ عن الشحام (١) عن أبي عبدالله (عليه‌السلام) في المضاربة اذا أعطى الرجل المال ونهى أن يخرج المال الى أرض أخرى ، فعصاه فخرج به ، فقال : هو ضامن والربح بينهما » .

وهـذه الاخبار على كثرتها وتعددها فقـد اشتركت في الدلالـة على أن الربح بينهما مع المخالفة ، وضمان العامل لو عطب المال أو حصلت فيه نقيصة ، وهو لايوافق قواعدهم .

ولهذا قال في المسالك : ولولا النص لكان مقتضى لزوم الشرط فساد ماوقع مخالفاً أو موقوفاً على الاجازة ، انتهى .

وتوضيحه ماعرفت من أن القراض فيمعنى الوكالة ، بل هو وكالة ، وحينئذ فان لم يكن وكيلا في شراء عين فكيف يصح الشراء ، ويترتب عليه حل الربح بينهما ، وكذا فيما لو نهى عن السفر الى جهة أو البيع أو الشراء على شخص بعينـه ، مع أنه في الوكالة لا تصح ذلك ، فانه مـتى وكل على أمـر مخصوص وتجاوزه الى أمر آخر غير ما وكل عليه فانه يكون بيعه وشرائه باطلا ، وكيف يستحق ربح عمل لم يكن مأذوناً فيه ، ولا مقارضاً عليه ، بل يكون آثماً ضامناً مع أن الاخبار كما عرفت قد اتفقت على حل الربح ، وأنه بينهما .

وهو مؤيد لما قدمناه في غير مقام من أن الواجب هو الوقوف على مقتضى الاخبـار ، وان خالفت مقتضى قواعدهم ، ومن الجايز تخصيص قواعدهم بهـذه

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٩١ ح ٣٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٣ ح ١١ .

الاخبـار ، فيكون مادلت عليه مستثنى من مقتضى تلك القواعد ، كما قدمنا مثله مراراً .

وأما ما ارتكبه المحقق الاردبيلي هنا من الاحتمالات البعيدة ، والتمحلات غير السديدة ، فلا يخفى ما فيه على من تأمله ، وتدبر ما في باطنه وخافيه .

ولو اشترط أن يشترى أصلا يشتركان في نمائه كالشجر والغنم ونحوهما ، قيـل : يفسد العقد ، لان مقتضى عقد المضاربة التصرف في رأس المال بالبيـع والشراء ، وتحصيل الربح بالتجارة ، ومن هنا استحق العامل حصته من الربح في مقابلة هذا العمل ، وماذكر هنا ليس كذلك ، لان فوائده تحصل من غير تصرف بل من عين المال ، وتردد بعضهم في الصورة المذكورة نظراً ــ الى ماذكر مما يدل على البطلان ــ والى أن حصول هذه الاشياء انما وقع بسبب سعى العامل ، اذ لولا شرائه لم يحصل النماء ، وذلك من جملة الاسترباح بالتجارة ، فيكون صحيحاً .

وضعف الثاني بان الحاصل بالتجارة هو زيادة القيمة لما وقع عليه العقد لانماؤه الحاصل مع بقاء عين المال ، وبأن المضاربة تقتضى معاوضتين ، أحدهما بالشراء ، والاخرى بالبيع ، وأقل مايتحققان بمرة ، وبها يظهر الربح .

والتحقيق أن الفرع المذكور لما كان غير منصوص ، فالحكم فيه بأحد الوجهين مشكل ، والبناء على هذه العلل الاعتبارية مجازفة في الاحكام الشرعية المطلوب فيها العلم واليقين بالاستناد الى السنة النبوية ، أو الكتاب المبين ، ولاسيما مع تعارضها وتدافعها كما عرفت .

ثم انه على تقدير القول بفساد المضاربة ، الظاهر أنه لا مانع من صحة الشراء المذكور ، لدخوله تحت اطلاق الاذن للعامل بالبيع والشراء ، فيكون

النماء الحاصل بأجمعه للمالك ، وعليه أجرة المثل للعامل ، و يحتمل البطلان بالنظر الى أنه مأذون في البيع والشراء الذى يقع في المضاربة بأن يترتب عليه الربح لامطلقاً ، بحيث يشمل ماوقع هنا هذا .

وينبغي أن يعلم ان الممتنع على القول به انما هو مع انحصار الربح في النماء المذكور ، كما يقتضيه هذه المعاملة ، والا فلا مانع من كون النماء بينهما مع عدم انحصار الربح فيه على بعض الوجوه ، بأن يشترى شيئاً له غلة ، فظهرت غلته قبل أن يبيعه ، فان الغلة تكون من جملة الربح الذى يحصل بعد البيع ويكون الجميع بينهما على ماشرطاه والله العالم .

الثالثة : متى صحت المضاربة فللعامل تولى مايتولاه المالك من عرض القماش ونشره وطيه واحرازه ، وبيعه وقبض ثمنه ، والاستيجار على نقله أن احتيج اليه ، ودفع الاجرة في ماجرت العادة بدفعها فيه ، كالدلال والحمال ، واجرة الكيل والوزن ، ونحو ذلك ، والوجه فيه أنه لما كانت المضاربة معاملة على المال لتحصيل الربح كان اطلاق العقد مقتضيا لفعل مايتولاه المالك لو باشر ذلك بنفسه من هذه الاشياء ، وكلما لم تجر العادة بالاستيجار عليه لو استأجر عليه ، فالاجرة من ماله لايلحق المالك منها شيء، حملا للاطلاق على المتعارف وماجرت العادة بالاستيجار عليه لوعمله بنفسه فهو متبرع ، لايستحق عليه أجرة .

ولو قصد بالعمل الاجرة بأن يأخذ الاجرة كما يأخذ غيره ففي استحقاقه لها احتمال قوى ، خصوصاً على القول بأن للوكيل في البيع أن يبيع على نفسه ، وفي الشراء أن يشترى لنفسه ، فيكون له أن يستأجر نفسه أيضا ، ولكن اطلاق الاصحاب يقتضى العدم ، وهو الاحوط وأما لو أذن له المالك في ذلك زال الاشكال . والله العالم .

الرابعة: المشهور بين الاصحاب أن جميع ما ينفقه في السفر للتجارة من رأس المال سواء كانت النفقة زيادة على نفقة الحضر أو ناقصة أو مساوية ، وكل ما يحتاج اليه للاكل والشرب لنفسه ودوابه وخدامه حتى القرب والجواليق ونحوهما ، الا أنها بعد انتهاء السفر والاستغناء عنها يكون كل ذلك من أصل المال ، سواء حصل له ربح أم لا .

وقيل : انه لايخرج من أصل المال ، الاما زاد على نفقة الحضر ، للاجماع على أن نفقة الحضر على نفسه ، فماساواه في السفر يحتسب أيضا عليه ، والزائد على ذلك من مال القراض ، وأيد ذلك بعضهم بأنه انما حصل بالسفر الزيادة لاغير ، اماغيرها فسواء كان مسافراً أم حاضراً لابد منها ، فلايكون من مال القراض .

وقيل : ان نفقة السفر كلها على العامل كنفقة الحضر ، وعلل بأن الربح مال المالك ، والاصل أن لايتصرف فيه الا بما دل عليه الاذن ، ولم يدل الا على الحصة التي عينها للعامل ، وهو لم يدخل في العمل الا على هذا الوجه ، فلايستحق سواه .

ويدل على القول الاول ماروا‌ه الكليني في الصحيح «عن علي بن جعفر (١) عن أخيه أبي الحسن (عليه السلام) قال : في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال ، فاذا قدم بلده فما أنفق من نصيبه » .

وعن السكوني (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : قال أمير المؤمنين (عليه السلام) : في المضاربة » الحديث ورواه في الفقيه (٣) مرسلا « قال : قال أمير المؤمنين (عليه السلام) : مثله » وبه يظهر قوة القول المشهور ، وأنه المؤيد المنصور ، فلايلتفت الى هذه التخريجات الضعيفة ، والتعليلات السخيفة كما عرفت في غير مقام .

---

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤١ ح ٥

(٣) الفقيه ج٣ ص ١٤٤ الحديث ٥ وهذه الروايات في الوسائل ج١٣ ص١٨٧ باب ٦

تنبيهات :

الاول : المراد بالسفر هنا هو السفر العرفي لا الشرعي ، وهو مايجب فيه القصر ، فلو كان السفر قصيراً أو أقام في الطريق وأتم الصلوة فنفقة تلك المدة من أصل المال ، الا أنه يجب الاقتصار في ذلك على مايحتاج اليه التجارة ، فلو أقام زيادة على مايحتاج اليه كان الزايد عليه .

الثاني : قد عرفت أن المراد بالنفقة مايحتاج اليه من مأكول وملبوس ومشروب له ، ولمن في صحبته ممن يتوقف عليه سفره وآلات السفر وأجرة المسكن ، ونحوذلك ، ويراعي فيها ما يليق بحاله شرفا وضعة و وسطا على وجه الاقتصاد ، فلو أسرف حسب عليه ، وان قتر على نفسه لم يحتسب له ، لان الذى له ما أنفق على الوجه المتقدم ، وبعد العود من السفر ، فمابقي من أعيان النفقة ، ولومن الزاد يجب رده الى مال التجارة أو تركه وديعة عنده الى أن يسافر ان كان ممن يتكرر سفره ، ولم يكن بيعه أعود على التجارة من تركه .

الثالث : لو شرط المالك على العامل عدم النفقة لم يجز له الانفاق من المال اتفاقاً ، ولو أذن له في الانفاق بعد ذلك فهو تبرع محض ، وقد عرفت أنه مع الاطلاق فالاشهر الاظهر ثبوتها ، فلو شرطها والحال هذه كان ذلك تأكيداً ومخرجاً من الخلاف المتقدم ، وان كان ضعيفا كما عرفت ، وعلى هذا فهل يشترط تعيينها حينئذ حذرا من الجهالة في الشرط الذى هو جزء من العقد ، فتسرى الجهالة الى العقد ويؤيده اشتراط نفقة الاجير حيث لايثبت على المستأجر ، فانه لابد من تعيينها كما ذكروه أم لا ؟ نظراً الى أن الاشهر الاظهر كما عرفت ثبوتها بمجرد العقد مع عدم اعتبار وجوب ضبطها فلا يجب ضبطها بالشرط اذ لايزيد الثبوت بالاشتراط على الثبوت بالاصل اشكال ، ولعل الثاني أقوى ورجح في المسالك الاول .

الرابع : قد عرفت أنه لايشترط بالنفقة وجود ربح بل ينفق من أصل المال ، وان قصر المال ولم يكن ربح لكن لوحصل الربح فانه تخرج النفقة منه مقدمة على حق العامل .

الخامس : ماذكرنامن وجوب النفقة مخصوص بالسفر المأذون فيه ، فلو سافر الى غيره امابتجاوز السفر المأذون فيه الى مكان غير مأذون فيه أو الى جهة غير جهة السفر المأذون فيه فلا نفقة له ، وان كانت المضاربة صحيحة والربح بينهما كما عرفت آنفا .

السادس : لو تعدد أرباب المال الذى فى يده بأن كان بعضه له مثلا ، وبعضه لزيد ، وبعضه لثالث ، وهكذا ... قسطت النفقة على حسب المال ، فلو كان نصف المال للعامل ، ونصفه للمالك كانت النفقة انصافا ، وهكذا ... هذا هو الاظهر الاشهر .

وقيل : بأن التقسيط بنسبة العملين اى مايعمله لكل واحد من أصحاب المال ، ورد بأن استحقاق النفقة فى مال المضاربة منوط بالمال ، ولاينظر الى العمل ، قالوا : ولا فرق فى التقسيط بين أن يكون قد شرطها على كل واحد منهما أو أطلق ، بل له نفقة واحدة عليهما على التقديرين ، لان ذلك منزل على اختصاص المشروط عليه بالعمل .

هذا مع جهل كل واحد منهما بالاخر ، أمالو علم صاحب القراض الاول بالثانى ، وشرط على ماله كمال النفقة جاز ، واختصت به ، ولاشىء على الثانى .

السابع : لواتفق موته أو مرضه فى السفر كان ماينفق فى ذلك من ماله ، اذلاتعلق لذلك بالتجارة ، واستثنى بعضهم مالو كان معلوماً أنه لوكان فى بلده لم يمرض ، أو أن مؤنة مرضه يكون فى الحضر ، وفى بلده أرخص منها فى تلك البلد ، قال فيمكن حينئذ احتساب الزيادة من مال المضاربة .

الثامن : لوسافر بالمال للمضاربة فاتفق عزله في السفر ، وانتزع المال منه كانت نفقة الرجوع عليه ، لانه انما استحق النفقة في السفر للمضاربة ، وقد ارتفعت بالفسخ وعزله عنها .

وما توهمه بعض العامة من حصول الضرر عليه مردود ، بأن دخوله في عقد يجوز فسخه كل وقت قدوم منه على ذلك ، وهذا القائل أثبت له نفقة الرجوع لما ذكره وفيه ماعرفت . والله العالم .

الخامسة : قد صرح جملة من الاصحاب بأن مقتضى اطلاق الاذن في المضاربة هو البيع نقداً بثمن المثل من نقد البلد ، فلو خالف لم يمض الا مع اجازة المالك ، وكذا مقتضى الاطلاق هو ان يشترى بعين المال ، فلو اشترى في الذمة لم يصح الا مع الاجازة .

وتفصيل الكلام في هذه الجملة أن يقال انه لما كان عقد المضاربة محمولا على ماهو المتعارف في التجارة والموجب لتحصيل الربح وجب قصر تصرف العامل على مايوجب حصول الغاية المذكورة .

قال في التذكرة : لما كان الغرض الاقصى من القراض تحصيل الربح ، والفائدة وجب أن يكون تصرف العامل مقصوراً على ما يحصل هذه الغاية الذاتية وان يمنع من التصرف المؤدى الى ما يضادها فينفذ تصرفه بما فيه الغبطة والفائدة ، كتصرف الوكيل للموكل لانها في الحقيقة نوع وكالة ، وان كان له أن يتصرف في نوع مما ليس للوكيل التصرف به تحصيلا للفائدة ، فان له أن يبيع بالعروض ، كما له أن يبيع بالنقد بخلاف الوكيل ، فان تصرفه في البيع انما هو بالنقد خاصة ، لان المقصود من القراض الاسترباح ، والبيع بالعروض قد يكون وصلة اليه وطريقاً فيه ، وأيضاً له أن يشترى المعيب اذا رأى فيه ربحاً بخلاف

الوكيل . انتهى .

وحينئذ فليس له البيع الا نقداً لما في النسية من التغرير بمال المالك وجعله في معرض التلف ، كما في الوكالة ، مع أنه يمكن أن يكون في بعض الاحوال حصول الربح في جانب النسية مع المصلحة وأمن التلف ، الا أنهم منعوا من ذلك مطلقاً ، وكأنهم بنوا على أن الاغلب في مثل ذلك التلف ، والتعرض له محل خطر وتغرير ، وكذا ليس له البيع الا بثمن المثل ، وهو ظاهر ، لان البيع بدونه تضييع على المالك ، مع أنه يمكن حصول الزايد ، وأما البيع بنقد البلد فلان الاطلاق في الوكالة انما ينصرف اليه ، والقراض في معناه ، فلذا أطلقوا الحكم هنا .

وفيه أن القراض قد يفارق الوكالة في بعض الموارد ، لان الغرض المطلوب به تحصيل الربح قد يتفق في غير نقد البلد كالعروض ، واليه يميل كلام الشهيد الثاني في المسالك ، فيجوز البيع بغير نقد البلد مع ظهور الغبطة ، وحصول المصلحة لانها هي المدار في القراض وهو الظاهر من كلام التذكرة المذكور ، وتردد في القواعد .

وبالجملة فانه لما كان المدار في القراض انما هو تحصيل الربح والفايدة فينبغي أن يترتب الجواز عليه ، سواء كان في البيع بالعروض التي هي غير نقد البلد ، أو في البيع بالنسية التي ليست نقداً ، بل يمكن أيضاً في البيع بأقل من ثمن المثل اذا اقتضته المصلحة ، وترتبت عليه الغبطة ، بأن يبيع بأقل من ثمن المثل ، ويشتري مالا فيه ربح كثير ، فاطلاق الجماعة المذكورة أن اطلاق الاذن في المضاربة يقتضي الامور المذكورة محل تأمل كما ظهر لك ، والحمل على الوكالة غير مطرد كما عرفت من كلامه في التذكرة .

والعجب انهم اعترفوا بذلك في شراء المعيب ، فجوزوا للعامل شراء

المعيب اذا رأى الغبطة في شرائه بحصول الربح فيه ، حيث أنه المدار في القراض مع أن ذلك لايجوز للوكيل ، وحينئذ فالواجب بمقتضى ذلك هو دوران الحكم جوازاً ومنعاً مدار الغرض المذكور وجوداً وعدماً ، هذا كله مع اطلاق الاذن .

أما لو أذن له في شيء من هذه الامور خصوصاً أو عموماً كتصرف حيث شئت ، وبع بما أردت ، واعمل بحسب رأيك ونظرك ، فالظاهر حينئذ هو الجواز في جميع ماذكرناه (١) .

أما قوله في المسالك أنه يجوز له البيع بالعروض قطعاً وأما النقد وثمن المثل فلا يخالفهما الا بالتصريح ، فاني لاأعرف له وجهاً وجيهاً مع دخوله في الاطلاق المذكور ، سيما مع ظهور الغبطة ، كما شرحناه آنفاً .

وكيف كان فانه يستثنى من ثمن المثل نقصان ما يتسامح الناس به عادة فلا يدخل تحت المنع .

ثم انه لو خالف العامل ما دل عليه اللفظ بخصوصه أو اطلاقه ، فهل يقع العقد باطلاً أم صحيحاً موقوفاً على اجازة المالك ، المشهور الثاني ، بناء على ما هو المشهور بينهم من صحة البيع الفضولي ، وان لزومه موقوف على اجازة المالك ، وحينئذ فان أجاز نفذ البيع ولزم فعلى تقدير كون البيع نسية فان حصل الثمن فلا اشكال والا ضمن العامل الثمن للمالك لثبوته بالبيع الصحيح

(١) أقول : ويؤيد ماذكرناه ، ماصرح به العلامة في المختلف حيث قال : قال الشيخ في المبسوط : اذادفع اليه مالا قراضاً وقال له اتجر به أو قال : اصنع ماترى أوتصرف كيف شئت فانه يقتضي أن يشترى بثمن مثله ، نقداً بنقد البلد ، و الوجه عندى أن له البيع كيف شاء سواءكان بثمن المثل أم لا ، وبنقد البلد أو لا ، وحالا أو لا ، لانه جعل المشية اليه . نعم انه منوط بالمصلحة انتهى ، وهوظاهر فيما قلناه وقد وفقني الله سبحانه للوقوف عليه بعد ذكرنا ما ذكرناه في الأصل فنقلنا كلامه في الحاشية و هو من نوادر الخاطر ، منه رحمه الله .

لا القيمة ، وان لم يجز المالك ذلك وجب استرداد المبيع مع امكانه فلو تعذر ضمن قيمة المبيع ان كان قيمياً أو مثله ان كان مثلياً ، لا الثمن المؤجل وان كان أزيد من القيمة ، ولا التفاوت في صورة النقيصة ، لانه مع عدم اجازة المالك البيع يكون البيع باطلا ، فيضمن للمالك عين ماله الذى تعدى فيه وسلمه من غير اذن شرعي ، هكذا قالوا (رضى الله عنهم) .

وفيه ما حققناه سابقاً في كتاب البيع في مسئلة البيع الفضولي (١) من الاشكالات التي أوردناها عليهم في هذا المقام ، هذا كله مع القول بصحة العقد الفضولي .

وأما على ما اخترناه من القول ببطلانه كما قدمنا تحقيقه ثمة فالامر واضح ، وأما اقتضاء الاطلاق الاشتراء بعين المال فلان المضاربة انما وقعت على ذلك المال والوكالة التي اقتضتها المضاربة انما تعلقت بذلك المال ، والربح الذى اشترطه العامل انما تعلق بذلك المال .

وأيضاً فانه ربما يتطرق التلف الى رأس المال ، فتبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك ، وقد لا يمكنه الخروج منها ، وعلى هذا فلو اشترى في الذمة من غير اذن المالك وقف على اجازة المالك بناء على ماتقدم من الحكم بصحة البيع الفضولي ولو اشترى في الذمة ولم يعين العقد لا للمالك ولا لنفسه وقع الشراء له ظاهراً وباطناً ، وان عيّنه لنفسه تعين له أيضاً وان عيّنه للمالك فانه مع الاذن لازم ، وبدونه فهو كما عرفت أولا يكون موقوفاً على اجازة المالك ، بناء على صحة البيع الفضولي ، وأن عيّن المالك بنيّة وقع للعامل ظاهراً وتمام تحقيق الكلام في المقام يأتى انشاء الله في كتاب الوكالة والله العالم .

---

(١) ج ١٨ ص ٣٧٦ .

السادسة : لاخلاف بين الاصحاب فيما أعلم فى أنه مع موت كل منهما تبطل المضاربة ، لان بالموت يخرج المال عن ملك المالك ويصير للورثة ، فلايجوز التصرف بالاذن الذىكان من المورث ، بل لابد من اذن الوارث ، هذا مع موت المالك .

وأما مع موت العامل فلان المأذون له فى المضاربة كان هو العامل لا وارثه فلايجوز لوارثه التصرف الا باذن جديد ، وهو المراد من بطلان المضاربة هنا ، ولانها أيضا من العقود الجائزة فتبطل بما تبطل به من موت كل منهما أوجنونه أو اغمائه أو الحجر عليه للسفه .

ثم انكان الميت هو المالك ، فانكان المال ناضاً لاربح فيه أخذه الوارث ، وانكان فيه ربح اقتسمه العامل مع الورثة ، وتقدم حصة العامل علىالغرماء ، لوكان على الميت ديون مستوعبة لملكه لحصته من الربح ، بظهوره ، فكان شريكا للمالك ، ولان حقه متعلق بعين المال لا بذمة المالك ، وانكان المال عروضاً فللعامل بيعه رجاء الربح ، والا فلا ، وللوارث الزامه بالانضاض ، وسيأتى تحقيق الكلام فى ذلك انشاء الله تعالى فى مسئلة الفسخ .

وانكان الميت هوالعامل ، فانكان المال ناضا ولاربح أخذه المالك ، وانكان فيهربح دفعالىالورثة حصةمورثهممنه ، ولوكانعروضاً واحتيجالىالبيعوالتنضيض فان أذن المالك للوارث فى ذلك جاز ، والا عيّن له الحاكم أميناً يبيعه ، فان ظهر فيه ربح أوصل حصة الوارث اليه ، والا سلم الجميع الىالمالك والله العالم .

المقصد الثانى فى مال القراض :

والبحث يقع فيه فى مواضع : الاول لاخلاف بين الاصحاب فى أنه يشترط فىمال القراض أن يكون عيناً لاديناً وان يكون دراهم أو دنانير ، ونقل فى

التذكرة الاجماع على ذلك .

أقول : ويدل على كونه عيناً لاديناً ما رواه المشايخ الثلاثة عن السكوني(١) عن أبي عبدالله (عليه‌السلام) « قال : قال أمير المومنين (عليه‌السلام) : في رجل له على رجل مال فتقاضاه ولا يكون عنده ما يقضيه ، فيقول : هو عندك مضاربة ، قال : لا يصلح حتى يقبضه منه » وهو صريح في المطلوب ولا يضر ضعف السند خصوصاً مع تلقي الاصحاب له بالقبول واجماعهم على ذلك .

ومثله مالو أذن للعامل في قبضه من الغريم ، فانه لايخرج بذلك عن كون المضاربة قد وقعت بالدين ، الا أن يجدد العقد بعد القبض .

وأما اشتراط كونه دراهم أو دنانير فقد اعترف جملة من الاصحاب بأنهم لم يقفوا له على دليل غير الاجماع المدعى في المقام ، والظاهر أنه كذلك ، حيث انّا لم نقف بعد الفحص والتتبع على دليل من النصوص على ذلك ، وتردد المحقق في الشرايع في الجواز بالنقرة ، وهي بضم النون القطعة المذابة من الذهب والفضة .

قال في المسالك : ومنشأ التردد فيها من عدم كونها دراهم ودنانير الذى هو موضع الوفاق ، ومن مساواتها لهما في المعنى ، حيث أنها من النقدين ، وانما فاتها النقش و نحوه ، وانضباط قيمتها بها واصالة الجواز ، ثم قال : وهذا كله يندفع لما ذكرناه من اتفاقهم على اشتراط أحدهما ، و مع ذلك لانعلم قائلاً بجوازه بها ، وانما ذكرها المصنف متردداً في حكمها ، ولم ينقل غيره فيها خلافاً ، واذا كانت المضاربة حكماً شرعياً فلابد من الوقوف على ماثبت الاذن فيه شرعاً ، وربما أطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكة ، فان صح هذا الاسم كان التردد من حيث أنها قد صارت دراهم ودنانير : وانما تخلفت السكة وهي وصف في النقدين ، وربما لايقدح خصوصاً اذا تعومل بهما على ذلك الوجه

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٢ ح ٣٤ الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٤ الوسائل ج ١٣ ص ١٨٧ باب ٥ .

ومما تقدم من وجوه المنع ، انتهى وهو جيد .

أقول : لايخفى أن من لا يلتفت الى دعوى مثل هذه الاجماعات ، لعدم ثبوت كونها دليلا شرعياً فانه لامانع عنده منا لحكم بالجواز في غير النقدين نظراً الى عموم الادلة الدالة على جوازه ، وتخصيصها يحتاج الى دليل شرعي ، وليس فليس .

قالوا تفريعاً على ما تقدم : فلا يصح المضاربة بالفلوس ، ولا بالدراهم المغشوشة ، سواءكان الغش أقل أو أكثر ، ولا بالعروض (١) وأنت خبير بما فيه بعدما عرفت ، حيث أنه لامستند لهم هنا أيضاً سوى دعوى الاجماع .

ولكن ينبغي تقييد المنع من الدراهم المغشوشة بما لوكان التعامل بها ساقطاً ، والا فلو جرت في المعاملة فانّه لامانع من المضاربة بها .

قال في المسالك : هذا اذا لم يكن متعاملا بالمغشوش ، فلوكان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعاملة ، وصح جعله مالا للقراض ، سواءكان الغش أقل أو أكثر ، انتهى .

الثاني : قالوا : لودفع آلة الصيد كالشبكة بحصة من الصيدكان الصيدللصائد وعليه أجرة الالة ، وذلك لان هذه المعاملة ليست بمضاربة اذ المضاربة كما هو المجمع عليه عندهم انما يكون بالدراهم والدنانير ، ولان مقتضى المضاربة التصرف في عين المال المدفوع ، واتلافه بالبيع أو الشراء ، وهنا ليس كذلك ، لابالنسبة الى الاول ولاالثاني . وليس أيضاً بشركة ، لانها هنا مركبة من شركة

(١) العروض بضم العين جمع عرض بفتحها وسكون الراء وفتحها أيضا هوالمتاع وكل شيء غير النقدين كماذكره في القاموس ، وحكى الجوهري عن أبي عبيد أن العروض هي التي لايدخلها كيل ولاوزن ، ولاتكون حيواناً ولاعقاراً ، وظاهر ، اطلاقات الفقهاء في هذه الابواب على المعنى الاول فانهم يقابلون بها النقدين كمالا يخفى على المتتبع منه رحمه الله .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الابدان وغيرها ، وقد تقدم بطلانها مع تميز مال صاحب الشبكة ، وعدم حصول الشركة فيه ، وليست أيضاً باجارة ، وهو ظاهر .

ثم ان الحكم هنا بكون الصيد للصائد خاصة يبنى على عدم تصور التوكيل في تملك المباح ، كما هو أحد القولين ، والا فانه يصير الصيد مشتركا بينهما حسبما يراه الصائد ، وقد تقدم الكلام في ذلك في المسئلة الثالثة من الفصل الثالث في اللواحق من الكتاب المتقدم(١) واحتمال أنه انما قصد الصيد لنفسه ، ولم ينو مشاركة الاخر بعيد ، فان الظاهر أن دخوله انما كان على جهة الشركة .

قال في المسالك : وحيث يكون الصيد لهما فعلى كل منهما من أجرة مثل الصائد والشبكة بحسب ما أصابه من الملك .

أقول : قد مر توضيح ذلك في المسئلة الثانية من الفصل المتقدم ذكره من الكتاب المتقدم (٢) ، ومرجعه الى أن لكل منهما أجرة المثل فيرجع كل منهما على الاخر بما يخصه من ذلك .

الثالث : لا اشكال ولا خلاف فيما اذا كان مال القراض معلوم المقدار معيناً وان كان مشاعاً ، لان المشاع معين في نفسه مع كونه جامعاً لباقي الشرائط ، ولافرق بين أن يكون العقد مع الشريك أو غيره ، ولو كان مشاهداً مع كونه مجهولا قيل : لا يصح للجهالة ، وقيل : بالصحة لزوال معظم الضرر بالمشاهدة ، بل حكى في المختلف عن المشهور القول بجواز المضاربة بالجزاف وان لم يكن مشاهداً محتجاً بالاصل ، وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) « المؤمنون عند شروطهم » (٣) .

---

(١) ص ١٨٩

(٢) ص ١٨٧

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ١٥٠٣ ، الاستبصار ج ٣ ح ٨٣٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤

أقول : قال الشيخ في الخلاف : لا يصح القراض اذا كان رأس المال جزافاً (١) لان القراض عقد شرعي يحتاج الى دليل شرعي ، وليس في الشرع ما يدل على صحة هذا القراض ، فوجب بطلانه ، والظاهر أنه هو المشهور .

وقال في المبسوط : يبطل ، وقال قوم يصح ، ويكون القول قول العامل في قدره ، فان أقاما بينتين كان الحكم لبيّنة المالك ، لانها بيّنة الخارج ، قال : وهذا هو الاقوى عندي .

قال في المختلف : وما قوّاه الشيخ هو الأجود ، لنا الاصل الصحة ، وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) « المؤمنون عند شروطهم » وقد وجد شرط سائغ فيحكم به ، انتهى .

وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ترجيح الاول من حيث الجهالة ، وظاهر المحقق الاردبيلي الميل الى الثاني ، لعموم الادلة ، وعدم الدليل الواضح على المنع ، والمسئلة محل توقف لعدم الدليل الواضح على الجواز ، والتعلق باطلاق الادلة مردود بما عرفت في غير مقام مما تقدم ، من أن الاطلاق يجب حمله على الافراد المتعارفة المتكررة الشايعة ، و ذلك انما هو مع التعين ، ومعلومية المقدار ، وعدم تطرق الجهالة بوجه من الوجوه .

و كيف كان فانه لا اشكال في كون القول قول العامل بيمينه لو اختلفا في قدره ، صحت المضاربة أم بطلت ، لانه منكر ، و مقتضى القاعدة تقديم قوله بيمينه ، ومع وجود البيّنتين وتعارضهما فان الحكم لبيّنة المالك ، لانه المدعي

(١) قال في التذكرة : لا يصح القراض على الجزاف وان كان مشاهداً له مثل قبضة من ذهب أو فضة مجهولة القدر أو كيس من الدراهم مجهول القدر سواء شاهده العامل والمالك أو لا ، وبه قال الشافعي ، لعدم امكان الرجوع اليه عند المفاضلة فلابد من الرجوع الى رأس المال عندها ، وأن جهالة رأس المال يستلزم جهالة الربح ، وقال أبوحنيفه : يجوز أن يكون رأس المال مجهولا ويكون القول قول العامل بيمينه الا أن يكون لرب المال بينة فبينة رب المال أولى انتهى ، منه رحمه الله .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ومقتضى القاعدة تقديم قوله ببينته ، وكذا لاينعقد القراض بناء على ماقدمنا لو أحضر مالين معدودين ، فقال : قارضتك بأيهما شئت ، لانتفاء التعيين الذى هو شرط فى صحة العقد ، كما عرفت ، ولا فرق بين أن يكون المالان متساويين جنساً وقدراً أو مختلفين ، خلافاً لبعض العامة ، حيث جوزه مع التساوى ، وظاهر المحقق المتقدم ذكره الميل الى الجواز هنا أيضاً استناداً الى عموم الادلة ، وفيه ماعرفت .

الرابع : لو أخذ مالا للمضاربة مع عجزه عنه بمعنى أنه يعجز عن تقليبه فى التجارة والبيع والشراء به لكثرته ، قالوا : لايخلو اما أن يكون المالك عالماً بعجزه ، أو جاهلا بذلك ، فان كان الثانى فانه يضمن ، لانه مع علمه بنفسه وأنه يعجز عن ذلك يكون واضعاً يده على المال على غير الوجه المأذون له فيه ، فانه انما دفع اليه ليعمل به فى التجارة .

لكن هل يكون ضامناً للجميع أو القدر الزائد على مقدوره قولان : اختار أولهما فى المسالك ، ووجه الاول من عدم التميز والنهى عن أخذه على هذا الوجه ووجه الثانى من أن التقصير انما حصل بسبب الزائد ، فيختص به ، وربما قيل : انه ان أخذ الجميع دفعة ، فالحكم الاول ، وان أخذ المقدور ثم أخذ الزائد ولم يمزجه به ضمن الزائد خاصة ، وأورد عليه بأنه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع ، ولاترجيح الان لاحد أجزائه ، اذ لو ترك الاول وأخذ الزيادة لم يعجز .

أقول : لايخفى مافى هذه التعليلات العليلة من عدم الصلوح لابتناء الاحكام الشرعية عليها ، والحكم غير منصوص ، وبه يظهر مافى الاستناد فى عموم الضمان الى النهى ، وأى نهى هنا مع عدم نص فى المسئلة ، وكأنه أشار بهذا النهى الى ما ذكر من قوله يكون واضعاً يده على المال غير الوجه المأذون فيه .

وفيه أنه يمكن تخصيصها بالزائد لانه هوالذى حصل فيه العجز ، فيكون

هو الغير المأذون فيه ، وأما ماكان يمكن العمل به فانه يكون مأذوناً فيه .

وبالجملة فالحكم لايخلو من شوب الاشكال لما عرفت لعدم الدليل الواضح .

قالوا : ولو كان المالك عالماً بعجزه لم يضمن ، اما لقدومه على الخطر ، أو أن علمه بذلك يقتضي الاذن له في التوكيل .

أقول : و فيه بالنسبة الى التعليل الاول مافي سابقه من الاشكال ، اذ من الممكن أن يكون عالما بعجزه ، لكن يجوز حصول القدرة له بعد ذلك بوجود من يساعده ، أو بتجدد بعض الأسباب الموجبة للقدرة ، ومع عدم امكان ذلك فانا لا نسلم أنه بمجرد علمه بعدم القدرة مع أنه انما دفعه اليه لاجل المعاملة به ، وتحصيل الربح والنفع ينتفي عنه الضمان ، اذ لا أقل أن يكون في يده كالامانة ، ومجرد دفعه له على هذا الوجه لايستلزم جواز فواته على مالكه ، لان المدفوع اليه عاقل مكلف أمين ليس بمجنون ولا سفيه ، حتى يكون المالك قد فرط بدفعه اليه ، ولكن قد تقدم لهم مثل هذا الكلام في مسئلة بيع الفضولي ، وقد أوضحنا مافيه (١) .

قالوا : وحيث يثبت الضمان لايبطل العقد ، اذ لامنافاة بين الضمان وصحة العقد .

أقول : ويدل عليه ماتقدم في تلك الاخبار و عليه اتفاق الاصحاب من أنه مع المخالفة لما شرطه المالك فانه يضمن ، والربح بينهما .

الخامس : لو كان له مال مغصوب في يد شخص و ذلك المال موجود معين معلوم القدر ، فانه يجوز عندهم أن يقارض عليه الغاصب مع استكمال باقي

---

(١) وأما بالنسبة الى التعليل الثاني فعدم الضمان عليه انما هو من حيث أنه مأذون في دفعه الى الغير ليعمل به ، فلو حصل من ذلك الغير تفريط يوجب ذهاب المال مثلا فان الاول لا يضمن من حيث الاذن في الدفع ، وانما الكلام في الثاني فيراعى فيه حكم عامل المضاربة منه رحمه الله .

الشروط ، والظاهر أن الحكم اتفاقي عند الاصحاب ، اذ لم أقف على نقل خلاف في المسألة والظاهر أنه لااشكال في ذلك المضاربة ، وكذا لا اشكال ولاخلاف في أنه متى وقعت المضاربة واشترى العامل وهو الغاصب بذلك المال المغصوب عروضاً ودفعه عن قيمتها ، فانه تبرئ ذمته من الضمان الثابت عليه بالغصب ، لانه قضى دين المالك باذنه .

انما الخلاف في انه هل تبرئ ذمته بمجرد عقد المضاربة أم لا ؟ الظاهر أن المشهور الثاني ، وبالاول صرح العلامة وولده في الشرح ، قال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك : ووجه بقاء الضمان أنه كان حاصلا قبل ولم يحصل مايزيله ، لان عقد القراض لايلزمه عدم الضمان ، فانه قد يجامعه بأن يتعدى فلا ينافيه ، ولقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) (١) « على اليد ما أخذت حتى تؤدى » وحتى لانتهاء الغاية ، فيبقى الضمان الى الاداء اما الى المالك ، أو من أذن له ، والدفع الى البايع مأذون فيه ، فيكون من جملة الغاية . ثم نقل عن العلامة أنه استقرب زوال الضمان هنا ، وتبعه ولده في الشرح ، مستنداً الى أن القراض أمانة ، فصحة عقده يوجب كون المال أمانة ، لان معنى الصحة ترتب الاثر ، ولانتفاء علة الضمان لزوال الغصب ، ولانه أذن في بقائه في يده .

ثم اعترض عليه بأن معنى كون القراض أمانة من حيث أنه قراض ، وذلك لاينافي الضمان من حيثية أخرى ، كما لو كان غصباً لعدم المنافاة ، فان الضمان قد يجامعه كما اذا تعدى العامل ، الى أن قال : اما اقتضاء العقد الاذن في القبض فضعفه ظاهر ، لان مجرد العقد لايقتضي ذلك ، وانما يحصل الاذن بأمر آخر ولو حصل سلمنا زوال الضمان انتهى .

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ .

أقول : قال العلامة في التذكرة (١) وهل يزول عن الغاصب ضمان الغصب بعقد المضاربة عليه أو بدفعه الى بايع السلعة للقراض ؟ أبو حنيفة ومالك على الاول ، لانه ماسك له باذن صاحبه ، والشافعي على الثاني لعدم التنافي بين القراض وضمان الغصب كما لو تعدى فيه ، والوجه عندى الاول ، لان ضمان الغصب يتبع الغصب والغصب قد زال بعقد القراض ، فيزول تابعه انتهى .

والظاهر أن الحق في المسئلة هو ماذكره العلامة ، وبيانه أنه لاريب أن ترتب الضمان على الغصب ــ ووجوب الضمان على الغاصب ــ انما هو من حيث كون المقبوض كذلك بغير رضا المالك ولا اجازته ، وحينئذ فلو فرض ان المالك رضي بالغصب واجاز قبض الغاصب ، لايتعقبه ضمان ولا اثم ، وبذلك يعلم أن الضمان وعدمه دائر مدار الرضا بالقبض وعدمه ، ولا أظن أن شيخنا المذكور ولا غيره يخالف في شيء مما ذكرناه .

وحينئذ فاذا حصلت المضاربة بذلك المال المغصوب قد حصل الرضا بالقبض ، فيزول موجب الضمان كما عرفت .

وأما قول شيخنا المذكور أنه لا مانع من اجتماع صحة القراض مع الضمان ، وهو صحيح ، الا أن ذكر ذلك هنا نوع مغالطة ، فانا لا نمنع ذلك ، ولكنا نقول أن ثبوت الضمان متوقف على وجود سبب يقتضيه ، وفي ماذكره السبب موجود ، وهو المخالفة ، وأما فيما نحن فيه فلاسبب له الا استصحاب الضمان وقت الغصب ، والاستصحاب هنا غير تام ، لعروض حالة أخرى غير الحالة التي كان عليها وقت الغصب ، وشرط العمل بالاستصحاب على تقدير تسليم حجيته أن لايعرض مايخالف العلة الاولى ويرفعها ، والامر هنا على خلاف ذلك ، لما عرفت من عدم الرضا

(١) أقول : صورة كلام التذكرة اذا ثبت هذا فاذا اشترى شيئاً للقراض وسلم المال المغصوب الى البايع صح ويرء من الضمان حيث سلمه باذن صاحبه ، فان المضاربة تضمنت تسليم المال الى البايع في التجارة وهل يزول عن الغاصب الى آخر ماهو مذكور في الاصل منه رحمه الله .

أولاً وحصول الرضا ثانياً وقد عرفت أن ثبوت الغصب وعدمه دائر مدار الرضا وعدمه .

وأما قوله : ان مجرد العقد لا يقتضى ذلك ، وانما يحصل الاذن بأمر آخر فلايخفى مافيه ، اما أولا فلانه قد تقدم فى صدر الكتاب تعريف المضاربة بأنها عقد شرعى لتجارة الانسان بمال غيره بحصة من الربح .

ومن الظاهر أن ثبوت شرعية هذا العقد على الوجه المذكور لاتجامع الغصب ، بل لايكون الامع الاذن والرضا ، فكيف لايكون مجرد العقد متعيناً للرضا بالقبض ، وأيضاً فانه قال فى المسالك فى شرح قول المصنّف وهو جائز من الطرفين : اذ لاخلاف فى كون القراض من العقود الجائزة من الطرفين ، ولانه وكالة فى الابتداء ، ثم قد يصير شركة وهما جائزان الى آخره ، وحينئذ كيف يتم كون هذا العقد وكالة فى الابتداء مع البقاء على الغصب كمايدعيه ، بل اللازم من الحكم بكونه وكالة هو حصول الاذن والرضا بالقبض ، والا فانه لايتم الحكم بكونه وكالة وهو ظاهر .

واما ثانياً فانا لم نقف فى كلام أحد منهم على اشتراط الاذن زيادة على العقد المذكور كما لا يخفى على من تتبع كلامهم ، بل ظاهر كلامهم أن مجرد العقد مستلزم للاذن فى التصرف ، وترتب سائر الاحكام .

و بالجملة فان كلامه (رحمة الله عليه) هنا لا أعرف له وجهاً وجيهاً ، وأما ثالثاً فانه لايخفى أنه لما كان ثمرة هذا العقد ، والغرض منه انما هو التصرف فى المال والعمل به ، فكيف يتم وقوع هذا العقد من المالك مع عدم الرضا ، والاذن ما هذه الا سفسطة ظاهرة ، وقد تقدم نظير هذه المسئلة فى كتاب الرهن أيضا ، والعجب من العلامة أنه فى هذه المسئلة صرح بما نقلناه عنه من زوال الغصب بمجرد عقد المضاربة ، وفى الرهن اشترط الاذن فى القبض زائداً على عقد الرهن ، كما قدمنا نقله عنه ثمة ، والمسألتان من باب واحد كما لا يخفى .

والله العالم .

السادس : وهو يشتمل على فروع في المقام الاول ـ قالوا : لو قال : بع هذه السلعة فاذا نض ثمنها فهو قراض كان باطلا ، لان شرط صحة القراض أن يكون مال القراض عيناً معيّنة مملوكة للمالك ، وما هنا ليس كذلك ، فان ثمن السلعة حال العقد مجهول ، ولانه أمر كلي بعد البيع في ذمة المالك ، وهو أيضاً غير مملوك للمالك حال العقد ، وأيضاً فان العقد معلق على شرط ، وقد تقدم أنه لايصح عندهم .

الثاني ـ لو مات رب المال والمال عروض في يد العامل ، وأقره الوارث على العقد الاول ، فانهم صرحوا بأنه لايصح ، لان العقد الاول بطل بالموت ، كما تقدم من أنه من العقود الجائزة التي تبطل بالموت ، فلا يصح الا بتجديد العقد من المالك الثاني ، والتجديد أيضاً غير جائز ، لانه لابد في مال المضاربة أن يكون من النقدين ، والموجود الان عروض ، فلا يصح المضاربة بها .

ولو مات رب المال والمال في يد العامل كان نقداً صح تجديد الوارث عقد القراض معه بلا اشكال ، وهل يصح بلفظ التقرير ؟ قيل : لا ، لانه يؤذن باستصحاب الاول وامضائه ، فانه انما يقول له : قد تركتك على ما أنت عليه ، أو أقررتك على ما كنت عليه ، والحال أن ماهو عليه قد بطل كما عرفت .

قال في المسالك : و الاقوى الصحة ان استفاد من اللفظ معنى الاذن ، لان عقد القراض لاينحصر في لفظ كغيره من العقود الجائزة ، والتقرير قد يدل عليه ، انتهى .

وهو جيد ، وفي كلامه هنا كما ترى رد لما زعمه سابقاً من أن عقد القراض لايقتضي الاذن ، بل انما يحصل الاذن بأمر آخر فانه جعل مناط الصحة هنا في الاكتفاء بالتقرير عن تجديد العقد كونه يفيد ما يفيده العقد من الاذن ، وهو ظاهر في بطلان كلامه الاول .

الثالث ـ لو اختلف العامل والمالك في قدر رأس المال فمقتضى القاعدة أن القول قول العامل بيمينه ، لانه ينكر قبض الزيادة ، والمالك يدعى اقباضها ولا فرق في ذلك بين كون المال باقياً ، أو تالفاً بتفريط العامل ، بل الحكم في الثاني بطريق اولى ، فان العامل حينئذ غارم ، فالقول قوله في القدر .

قال في المسالك : هذا كله اذا لم يكن ظهر ربح ، والا ففي قبول قوله اشكال من جريان التعليل المذكور ، وهو الظاهر من اطلاق المصنّف ، ومن اقتضاء انكاره لزيادة رأس المال توفير الربح ، فيزيد حصته منه ، فيكون ذلك في قوة اختلافهما في قدر حصته منه مع أن القول قول المالك فيه بيمينه ، ولانه مع بقاء المال الاصل يقتضي كون جميعه للمالك ، الى أن يدل دليل على استحقاقه الزائد ، ومع تلفه بتفريط فالمضمون قدر مال المالك ، واذا كان الاصل استحقاق المالك لجميعه قبل التلف الا ما أقر به للعامل ، فالضمان تابع للاستحقاق وهذا هو الاقوى ، وربما قيل : ان القول قول المالك الا مع التلف بتفريط مطلقاً ، وهو ضعيف جداً انتهى .

ثم انه كتب في الحاشية في بيان صاحب هذا القول : قال القائل به الامام فخرالدين في شرح القواعد .

المقصد الثالث في الربح :

وفيه مسائل ـ **الاولى** : المشهور بين الاصحاب أن المضارب يستحق من الربح ماوقع عليه الشرط من النصف أو الثلث أوالربع أو غير ذلك ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف والمبسوط والاستبصار ، وقال في النهاية ان له أجرة المثل ، والربح بتمامه للمالك ، قال : وقد روى أنه يكون للمضارب من الربح بمقدار ما وقع الشرط عليه من نصف أو ربع ، أو أقل أو أكثر ، ونقل هذا القول أيضاً عن الشيخ المفيد ، وسلار وابن البراج .

ومرجع هذا الخلاف الى أن عقد المضاربة هل هو عقد شرعي صحيح أو باطل ؟ والقول المشهور مبني على الاول ، والثاني على الثاني .

والاول هو المستفاد من الاخبار المتظافرة من طرق الخاصة والعامة ، وبه قال كافة العلماء من الطرفين الاما ذكرناه ، وقد تقدمت جملة من الاخبار الدالة على ذلك في المسئلة الاولى من المقصد الاول ، ومنها صحيحة محمد بن قيس(١) وموثقته المتقدمتان في صدر هذا الكتاب ، ومنها أيضاً زيادة على ذلك موثقة اسحاق بن عمار (٢) عن أبي الحسن (عليه السلام) « قال : سألته عن مال المضاربة ؟ قال : الربح بينهما ، والوضيعة على المال » .

وحسنة الكاهلي (٣) عن أبي الحسن موسى (عليه السلام) « في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فجعل له شيئاً من الربح مسمى . . . فابتاع المضارب متاعاً فوضع فيه ؟ قال : على المضارب من الوضيعة بقدر ماجعل له من الربح (٤) » .

احتج القائلون بالقول الثاني بأن النماء تابع للاصل بالاصالة ، فيكون الربح للمالك ، ولان هذه المعاملة معاملة فاسدة لجهالة العوض فتبطل ، فيكون الربح لصاحب المال ، وعليه أجرة المثل للعامل .

والجواب أن جميع ماذكروا ان كان هو مقتضى قواعدهم كما صرحوا به في غير موضع ، الا أنه بعد استفاضة النصوص وتكاثرها كما عرفت بصحة هذه المعاملة، وفيها الصحيحة وغيرها مع عدم مخالف ولا مناقض فيها ، فانه يجب القول بصحة العقد ،

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٨ ح١٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٥ ح ٢ و ٤ .

(٢) المصدر ح ١٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٦ ح ٥ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨٨ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٦ ح ٦ .

(٤) أقول : هذا الخبر بحسب ظاهره لايخلو من الاشكال و نقل عن الشيخ أنه حمله على ما اذا كان المال بينهما شركة ، وانما أطلق عليها المضاربة مجازاً والاقرب كما ذكره بعض مشايخنا المحققين من متأخر المتأخرين هو أن يكون المراد أنه حصل ربح ثم بعد ذلك وضيعة فانه ينقص من ربح كل منهما بنسبة نصيبه من الربح ، منه رحمه الله .

وعدم الضرر بجهالة العوض كما قيل مثله في المزارعة والمساقاة ، ومنع تبعية النماء للاصل .

أقول : وهذا الموضع أيضا مؤيد لماقدمنا ذكره في غير موضع من عدم وجوب الالتزام بقواعدهم ، والوقوف عليها في مقابلة النصوص ، فان ماذكروه هنا من القواعدالمذكورة قد بنوا عليه الاحكام في جملة من المواضع ، واحتجوا به في غير مقام ، الا أنه لما وردت النصوص هنا كما ترى على خلافها ، وجب الخروج عنها بذلك ، وحينئذ فالواجب هوالوقوف على النصوص حيثما وجدت .

الثانية : الظاهر أنه لاخلاف بينهم في أنه يشترط في الربح الشياع ، بمعنى أن يكون كل جزء جزء منه مشتركاً ، لانه مقتضى المضاربة كما تنادى به الاخبار المتقدمة من حكمها ، بأن الربح بينهما ، يعني كل جزء جزء منه ، ومالم يكن مشتركاً فانه خارج عن مقتضاها ، فهذا الشرط داخل في مفهوم المضاربة .

ويتفرع عليه صور ، منها ــ أن يجعل لاحدهما شيئاً معينا كعشرة دراهم مثلا ، فانه باطل اتفاقا ، وكذا لو ضم الى ذلك أن الباقي بينهما ، ولانه ربما لايربح الا ذلك القدر ، فيلزم أن يختص به من شرط له ، ويبقى الاخر بغير شيء مع أن الروايات المتقدمة قد اتفقت على أن الربح بينهما .

وبالجملة فان عقد المضاربة يقتضي الاشتراك بينهما في كل ما يحصل من الربح بمقتضى الاخبار المذكورة ، وهيهنا الربح ليس بينهما ، سواء ضم الى ذلك ان الباقي بينهما أم لا ، بل الذي بينهما انما هو بعضه على تقدير الزيادة ، وجميعه على تقدير عدم الزيادة انما هو لمن شرط له ، فيبطل العقد البتة على كل من الصورتين .

ومنها أن يقول : خذه قراضاً والربح لي ، ووجه الفساد فيه أيضا ظاهر ، لان مقتضى القراض كما عرفت من النصوص واتفاق كلمة الاصحاب الاشتراك في

الربح ، وقوله : والربح لي ينافي ذلك ، وحينئذ فلا يصح أن يكون قراضاً البتة ، وهل يكون في هذه الصورة بضاعة ؟ بمعنى أن العامل لايستحق على عمله أجرة كما هو المقرر في البضاعة ، أم يكون قراضا باطلا ؟ للاخلال بشرط القراض مع التصريح بكونه قراضاً ـ وجهان : والمشهور الثاني لما ذكر ، وعلى تقديره حينئذ قراضاً يكون الربح للمالك خاصة ، لانه نماء ماله ، وعليه أجرة المثل للعامل ، هذا مقتضى قواعدهم ، وبه صرحوا هنا .

قيل : ووجه الاول النظر الى المعنى ، فانه دال على البضاعة ، وان كان بلفظ القراض ولان البضاعة توكيل في التجارة تبرعاً ، وهو لايختص بلفظ ، وما ذكر دال عليها ، ولانه لايحكم بالغاء اللفظ ما أمكن حمله على الصحة ، وذكر القراض وان كان منافياً بحسب الظاهر ، الا أنه يمكن أن يكون مأخوذا من معنى المساوات التي هي أن يكون من أحدهما المال ، ومن الاخر العمل ، من غير التفات الى أمر آخر ، وهو أخذ مااشتق منه المعنى الشرعي .

ولو قيل : ان ذلك بحسب اللغة ، والحقيقة الشرعية تأباه ، أمكن أن يتجوز فيه ، فان الحقايق اللغوية تصير مجازاة شرعية ، وهو أولى من الفساد انتهى .

أقول : لايخفى مافيه من التكلف البعيد ، والتمحل الغير السديد ، ولو انفتح هذا الباب في مفاهيم الالفاظ ، لانفتح الباب في الجدال ، واتسعت دائرة القيل والقال .

وكيف كان فالمسئلة لخلوها من الدليل الواضح لايخلو من الاشكال ، كغيرها مما جرى في هذا المجال .

بقي الكلام في أن ظاهر الاصحاب أنه ـ مع الحكم بكونه قراضاً فاسداً ـ يكون الربح للمالك ، وللعامل أجرة المثل كما عرفت .

وقال العلامة في المختلف بعد أن نقل عن الشيخ في الخلاف والمبسوط أنه لو قال : خذه قراضاً على أن الربح كله لي ، كان قراضاً فاسداً ولا يكون بضاعة ـ

مالفظه : والوجه عندى أنه لاأجرة للعامل ، لانه دخل على ذلك فكان متبرعا بالعمل ، فلا أجرة له حينئذ ، وظاهره أنه وان كان قراضاً فاسداً فانه لاأجرة له لدخوله مع عدم تعيين أجرة ، فكان عمله تبرعا ، وقواه في المسالك ، الا أنه احتمل بناء كلام العلامة على البضاعة أيضاً ، ولايخلو من قوة ، اما بالنسبة الى البضاعة فظاهر ، وأما بالنسبة الى القراض ، فلما عرفت من فساده ، ودخول العامل فيه على هذا الوجه .

هذا اذا لم ينضم الى الكلام المذكور ما يفهم منه ارادة أحد الامرين المذكورين من القراض ، أو البضاعة من القرائن الحالية أو المقالية ، والا كان العمل على ذلك ، ومايقتضيه من صحة أو بطلان .

ومنها أن يقول : خذه قراضاً والربح كله لك ، وقد عرفت آنفاً وجه الفساد فيه ، وأنه لايصح قراضاً ، وهل يكون ذلك قرضاً بالتقريب المتقدم فى البضاعة بالنظر الى تلك العبارة ، أو قراضاً فاسداً كما تقدم أيضاً ، فعلى الاول يكون الربح كله للعامل ، والمال مضمون عليه ، كما هو شأن القرض ولاشيء للمالك وعلى الثانى فالربح كله للمالك ، وعليه أجرة المثل للعامل .

هذا اذا لم يتحقق قصد شيء من الامرين ، بأن لم يقصد شيئاً بالكلية ، أو لم يعلم ماقصده ، والاكان قرضاً فى الاول ، وقراضاً فاسداً فى الثانى .

نعم لو قال فى الصورة الثانية : خذه فاتجر به و الربح لى ، فانه يكون بضاعة بغير اشكال ، وكذا لو قال فى الصورة الثالثة : خذه و اتجر به والربح لك فانه قرض بغير اشكال ، والوجه فى ذلك أنه لم يذكر فى هاتين الصيغتين ما ينافى البضاعة فى الاولى ، والقرض فى الثانية ، بخلاف ماتقدم ، حيث قال : خذه قراضاً وأضاف اليه و الربح لى ، أو لك فصرح بأن الاخذ قراضاً وهو حقيقة شرعية فى العقد المخصوص الذى يترتب عليه الشركة فى الربح ، مع أنه قد ضم اليه ماينافى ذلك من قوله « والربح لى أو لك » ولو قال : خذه على النصف فالظاهر الصحة

لان المتبادر من ذلك أن الربح بينهما نصفين ، وهو متضمن لتعيين حصه العامل وكذا لو قال : على أن الربح بيننا ، فانه يقتضي التوزيع بينهما انصافاً ، قيل : ان الوجه في ذلك استوائهما في السبب المقتضي للاستحقاق ، والاصل عدم التفاضل كما لو أقر لهما بمال ، وكما لو قال المقر : الشيء الفلاني بيني وبين زيد .

ونقل عن بعض الشافعية الحكم ببطلان العقد ، لان البينية تصدق مع التفاوت فحيث لم يبينها يتحمل استحقاق الربح ، ورد بمنع صدقها على غير المتساوي مع الاطلاق .

نعم لو انضم اليه قرينة صح حمله على غيره بواسطتها ، وعلل بعضهم الحكم بالمناصفة في هذه العبارة ، بأن قوله : الربح بيننا ظاهر في ان جميع مايربح يكون بيننا وهو يرجع الى أن كل جزء جزء مما يصدق عليه الربح فانه بينهما وهو يقتضي المناصفة بلااشكال ، وبه يظهر ضعف ماتعلق به ذلك القائل بالبطلان من أن البينية تصدق مع التفاوت ، فان دعوى صدقها ممنوع لما عرفت .

أقول : في دعوى ثبوت الحكم بالمناصفة من هذه العبارة اشكال ، وذلك لان هذه العبارة قد تكررت في الاخبار المتقدمة من قولهم (عليهم السلام) : « والربح بينهما » ولو اقتضت المناصفة كما يدعونه لكان الحكم في المضاربة هو أن يكون للعامل النصف مطلقاً ، مع أنهم لايقولون بذلك ، وانما فهموا منها مجرد الاشتراك ، كما هو قول هذا البعض من الشافعية هنا ، وبه يظهر قوة القول بالبطلان ، كما ذهب اليه هذا القائل .

ولو قيل : ان بعض روايات المسئلة قد اشتمل على أنه بينهما على ماشرط فيقيد به اطلاق تلك الاخبار ، قلنا : هذا مما يؤيد ما ذكرناه ، باشعاره بانه لولا التقييد لكان مدلول العبارة هو الاشتراك مطلقاً كيف اتفق فكيف يحكم هنا باقتضائها المناصفة .

قيل : ولو قال : على أن لك النصف صح ، ولو قال : ان لي النصف واقتصر

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بطل ، وعلل وجه الفرق بين الصيغتين بصحة الاولى ، وبطلان الثانية ، بأن الربح لماكان تابعاً للمال والاصل كونه للمالك لم يفتقر الى تعيين حصته ، فان عيّنها كان ذلك تأكيداً ، وأما تعيين حصة العامل فلابد منه ، لعدم استحقاقها بدونه ، فاذا قال : النصف لك ، كان تعييناً لحصة العامل ، وبقي الباقي على حكم الاصل وأما اذا قال : النصف لي لم يقتض ذلك كون النصف الاخر لغيره ، بل هو باق على حكم الاصل أيضاً ، فيبطل العقد .

وربما قيل : بانه يحتمل الصحة أيضاً ، وحمل النصف الاخر على حصة العامل نظراً الى عدم الفرق بين الصيغتين عرفاً وعملا بمفهوم التخصيص ، اذ لو كان النصف الاخر له أيضاً لم يكن لهذا التخصيص وجه ، ورد بعدم استقرار العرف على ذلك وضعف دلالة المفهوم .

أقول : والحكم لايخلو من شوب الاشكال ، وان كان للحكم بالبطلان نوع قرب لما ذكر ، والله العالم .

الثالثة : قالوا : لو شرط أحدهما لغلامه حصة من الربح ، صح ، عمل الغلام أم لم يعمل ، أما لو شرط لاجنبي فانه لايصح الا أن يكون عاملا .

وقيل : يصح وان لم يكن عاملا ، أقول : وتفصيل هذه الجملة يقع في مواضع ثلاثة : أحدها ــ أنه متى شرط أحدهما لغلامه حصة ، فانه يصح ، والحكم فيه مبني على عدم ملك العبد كما هو المشهور ، فانه يرجع حينئذ الى سيده ، فهو في معنى مالو شرط أحدهما حصة زائدة على حصته ، ولانزاع في الصحة .

أما لو قلنا بملك العبد كان الحكم فيه كاجنبي الاتي حكمه ، وثانيها ــ لوشرط لاجنبي فانه لايصح الا أن يكون عاملا . والوجه فيه أنه حيث أن الاصل في الربح أن يكون بين المالك والعامل خاصة ، أما المالك ففي مقابلة ماله ، وأما العامل ففي مقابلة عمله ، فلا يصح ادخال الاجنبي في ذلك ، ولا جعل شيء من الربح له .

نعم اذا كان عاملا كان بمنزلة العامل المتعدد ، فلا يكون أجنبياً ، ومن هنا ربما ينقدح اشكال في المقام ، وهو أنه متى شرط العمل كان من قبيل العامل المتعدد كما ذكرتم ، مع أن المفروض كونه أجنبياً ، وحينئذ فلا معنى لكونه أجنبياً عاملا ، لان الاجنبي من لا مدخل له في العمل .

والجواب أن العامل في هذا الباب حيثما يطلق انما يراد به المفوض اليه أمر التجارة كما تقدم ، وأنه وكيل عن المالك ، والمراد بالعامل هنا بالنسبة الى هذا الاجنبي ليس كذلك ، بل المراد به من له دخل في العمل في الجملة ، كأن شرط عليه حمل المتاع الى السوق ، ومن السوق الى البيت مثلا ، ونحو ذلك من الاعمال الجزئية المخصوصة ، ولهذا انهم اشترطوا هنا ضبط العمل بما يرفع الجهالة ، وأن يكون من أعمال التجارة ، لئلا يخرج عن مقتضاها .

وثالثها انه قيل : بصحة الشرط للاجنبي وان لم يكن عاملا ولامدخل له في العمل بالكلية ، وكأنه لعموم(١) « المؤمنون عند شروطهم » و « أوفوا بالعقود » (٢) وعموم أدلة وجوب الوفاء بالوعد ، وقد تقدم نظيره في مواضع عديدة .

وقيل : ان هذا المشروط ان كان مع العمل فهو للعامل كما تقدم ، وان لم يجامعه عمل فهو للمالك ، رجوعاً الى أصله ، لئلا يخالف مقتضى العقد ، ولقدوم العامل على أن له ماعين له خاصة .

أقول : قد تقدم في غير مقام مافي هذا التعليل أعني قوله لئلا يخالف مقتضى العقد ، فانه جار في جميع الشروط ، فان الشرط في الحقيقة بمنزلة الاستثناء معادل عليه العقد ، والادلة على وجوب الوفاء بالشروط هي دليل الاستثناء المذكور ، وقد تقدم تحقيق ذلك .

الرابعة : قالوا : لو قال : لاثنين لكما نصف الربح صح ، وكانا فيه سواء

---

(١) التهذيب ج٧ص٣٧١ح٢٠٥١٥، الاستبصار ج٣ح٨٣٥ ، الوسائل ج١٥ص٣٠ح٤

(٢) سورة المائدة الآية ١ .

ولو فضل أحدهما صح أيضاً وان كان عملهما سواء ، وعلل الحكم الاول وهو تساويهما مع الاطلاق باقتضاء الاشتراك و أن الاصل عدم التفضيل ، ولانه المتبادر منه عرفاً كما سبق فى قوله بيننا .

أقول : لايخفى مافيه ، فان اقتضاء الاشتراك التساوى ممنوع ، بل هو أعم ، وهو أول المسئلة أيضاً ، ودعوى أنه المتبادر منه عرفاً كذلك ، وقد تقدم ما فى الاستناد الى قوله « بيننا » من أن ظاهره انما هو الاشتراك مطلقاً كما هو ظاهر الاخبار ، لاالتنصيف كما ادّعوه ، وعلّل الثانى وهو تفصيل أحدهما مع استوائهما فى العمل بأن غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير ، وهو مما لا منافاة فيه لانالامر فى الحصة راجع الى مايشترطانه ، ويتفقان عليه قلّ أو كثر ، ولان العقد الواحد مع اثنين فى قوة عقدين فيصح ، كما لو قارض أحدهما فى نصف المال بنصف الربح ، والاخر فى النصف الاخر بربع الربح ، فانه جائز اتفاقاً مع تساويهما فى العمل ، والخلاف هنا انما هو من بعض العامة ، حيث اشترط التسوية بينهما فى الربح مع التساوى فى العمل ، قياساً على اقتضاء شركة الابدان ذلك ، والاصل والفرع عندنا باطلان .

الخامسة : لو اختلفا فى نصيب العامل فان مقتضى القواعد الشرعية أن القول قول المالك بيمينه ، لانه منكر لما يدعيه العامل من الزيادة ، ولان الاختلاف فى فعل المالك الذى هو تعيين الحصة وهو أبصر به ، ولان الاصل تبعيّة الربح لرأس المال ، فلا يخرج عنه الا ما أقر المالك بخروجه ، والمعتمد من هذه الوجوه هو الوجه الاول ، فانه المعتضد بالنصوص الصحيحة الصريحة ، وما عداه من المؤيدات الواضحة .

وقيل : ان هذا مع عدم ظهور الربح ، أما معه فالحكم هو التحالف ، لان كلا منهما مدع ، و مدعى عليه ، فان المالك يدعى استحقاق العمل الصادر بالحصة الدنيا ، والعامل ينكر ذلك ، فيجيء القول بالتحالف ، لان ضابطه كما

سلف في البيع أن ينكر كل واحد منهما ما يدعيه الاخر ، بحيث لايجتمعان على أمر ويختلفان فيما زاد عليه ، ورد بأنه ضعيف ، لان نفس العمل لايتناوله الدعوى ، لانه بعد انقضائه لامعنى لدعوى المالك استحقاقه ، وكذا قبله ، لان العقد الجائز ، لايستحق به العمل ، وانما المستحق المال الذى أصله للمالك ، وحقيقة النزاع فيه فيجيء فيه ماتقدم من الاصول وهو جيد .

السادسة : الظاهر أنه لا اشكال فيما لو دفع المالك مال القراض في مرض الموت على الوجه المعتبر من تعيين الحصة من الربح للعامل ونحوه ، لوجود المقتضى وهو دخوله تحت الادلة الدالة على مشروعية القراض وصحته ، وعدم المانع ، اذ ليس الا ما ربما يتوهم من التفويت على الوارث بالنسبة الى الحصة المعينة للعامل من الربح ، وادخال النقص عليه بذلك ، فيتعلق به الخلاف بين كونه من الاصل أو الثلث ، والحال أنه ليس كذلك اذ لاتفويت على الوارث فى الصورة المذكورة .

ومحل الخلاف في تلك المسئلة انما هو ما يتبرع به المريض من المال الموجود حال التبرع وهنا ليس كذلك ، لان الربح غير موجود يومئذ ، بل هو متوقع الحصول ، وقد لايحصل فلا يتصف بكونه مالا للمريض ، ليترتب عليه الخلاف المذكور ، ثم انه بعد حصوله فهو متجدد بسعى العامل بعدالعقد ، فليس للوارث فيه اعتراض ، ولا نزاع بوجه من الوجوه ، وهو ظاهر ، ولا فرق في تلك الحصة المعينة للعامل بين كونها قدر أجرة المثل أو أكثر أو أقل حسبما مر في غير هذه الصورة من صور القراض .

وبالجملة فان مقتضى الادلة كما عرفت صحة المعاملة المذكورة حتى يقوم دليل على البطلان ، وليس فليس ، والله العالم .

السابعة : يملك العامل من الربح بظهوره من غير توقف على انضاض العروض ولاقسمة المال بينهما ، قال في المسالك : هذا هو المشهور بين الاصحاب بل لايكاد

يتحقق فيه مخالف ، ولا نقل في كتب الخلاف عن أحد من أصحابنا مايخالفه ووجهه مع ذلك اطلاق النصوص بأن العامل يملك ما شرط له من الربح وهو متحقق قبل الانضاض ، و قبل القسمة ، ولان سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع في العقد ، فيجب أن يثبت مقتضاه متى وجد ، لان الربح بعد ظهوره مملوك ، فلابدله من مالك، ورب المال لايملكه اتفاقاً ، ولايثبت احكام الملك في حقه ، فيلزم أن يكون للعامل ، اذ لامالك غيرهما اتفاقاً .

أقول : ومن أظهر الادلة على ذلك مارواه الشيخ والصدوق عن محمد بن قيس (١) في الصحيح « قال : قلت لابي عبدالله (عليه السلام) رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه ، وهو لا يعلم ، قال : يقوم فان زاد درهماً واحداً اعتق ، واستسعى في مال الرجل » ، و التقريب فيها انه لو لم يكن مالكا لحصته بمجرد الظهور لم ينعتق عليه أبوه في الصورة المفروضة في الخبر ، مع أنه قد حكم بأنه بعد تقويم العبد فان حصل في الثمن زيادة على رأس المال ولو درهم ، فانه ينعتق الاب على ابنه بنصيبه من ذلك الدرهم ، فالمقتضي للانعتاق انما هو دخوله في ملكه بتلك الحصة فيسرى العتق في الباقي كما هو القاعدة في العتق .

اذا عرفت ذلك فاعلم انه قد نقل فخر المحققين عن والده العلامة .

ان في هذه المسئلة أقوال أربعة :

أحدها ـ أنه يملك بمجرد الظهور كما عرفت .

وثانيها ـ أنه يملك بالانضاض لانه قبل الانضاض غير موجود خارجاً بل مقدرموهوم ، والمملوك لابد أن يكون محقق الوجود ، فيكون الظهور موجباً لاستحقاق الملك بعد التحقيق ، ولهذا يورث عنه ويضمن حصة من أتلفها سوى المالك والاجنبي .

وثالثها ـ أنه يملك بالقسمة ، لانه لو ملك قبلهالكان النقصان الحادث بعد

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٠ ح ٢٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٨ ح ١ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ذلك شايعاً في المال كسائر الاموال المشتركة ، والتالي باطل ، لانحصاره في الربح ، ولانه لوملك لاختص بربحه ، ولان القراض معاملة جائزة والعمل فيها غير مضبوط ، فلايستحق العوض فيها الا بتمامه ، كمال الجعالة .

ورابعها ـ أن القسمة كاشفة عن ملك العامل ، لان القسمة ليست من الاسباب المملكة ، والمقتضي للملك انما هو العمل ، وهي دالة على تمام العمل الموجب للملك قال في المسالك بعد نقل هذه الاقوال : وفي التذكرة لم يذكر في المسئلة عن سائر الفقهاء من العامة والخاصة سوى القولين الاولين ، وجعل الثاني للشافعي في أحد قوليه ، ولاحمد في احدى الروايتين ، ووافقا في الباقي على الاول ، ولاندري لمن ثبتت هذه الاقوال ، وهي مع ذلك ضعيفة المأخذ فانا لانسلم ان الربح قبل الانضاض غير موجود ، لان المال غير منحصر في النقد ، فاذا ارتفعت قيمة العرض فرأس المال منه ماقابل قيمة رأس المال والزائد ربح وهو محقق الوجود ، ولوسلم انه غير محقق الوجود لا يقدح في كونه مملوكاً فان الدين مملوك وهو غير موجود في الخارج بل هو في الذمة امر كلي هذا ما على الثاني .

وعلى الثالث انه لاملازمة بين الملك وضمان الحادث على الشياع ويجوز ان يكون مالكا ويكون مايملكه وقاية رأس المال فيكون الملك متزلزلا فاستقراره مشروط بالسلامة ، وكذا لامنافاة بين ملك الحصة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك ولانه لواختص بربح نصيبه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ولايثبت بالشرط مايخالف مقتضاه ولان القسمة ليست من العمل في شيء فلامعنى لجعلها تمام السبب في الملك فلاوجه لالحاقها بالجعالة وقد نبّه عليه ولوسلم انه غير محقق الوجود في الوجه الرابع ومن ضعف ماسبق يستفاد ضعف الرابع لانه مترتب عليها انتهى كلامه زيد مقامه وهو جيد وجيه كما لايخفى على الفطن النبيه .

ثم انه ينبغي ان يعلم انه وان كان العامل يملك حصته بمجرد ظهور الربح الا انه يكون ملكاً متزلزلا مراعاً بانضاض جميع المال أو قدر رأس المال مع

الفسخ أو القسمة حيث ان الربح وقاية لرأس المال فيجبر به ماوقع في التجارة من تلف وخسران ، سواءكان الربح والخسران فيمرة واحدة أومرتين ، وفيصفقة أوصفقتين ، وفيسفر أو سفرين ، لان معنىالربح هو الزائد على رأس المال مدة العقد ، فلو لم يفضل منه شيء بعد أن حصل وجبرت بالتجارة فلا ربح ، وهو موضع وفاق كما ذكره في المسالك ، وسيأتي الكلام ـ انشاء الله تعالى ـ في بعض ما يدخل في هذا المقام من الاحكام ، والله العالم .

المقصد الرابع في اللواحق :

وفيه مسائل : **الاولى** ـ لاخلاف بين الاصحاب في ان العامل أمين فيقبل قوله في التلف بغيرتفريط بيمينه ، سواءكان التلف ظاهراً كالحرق أوخفياكالسرق ، وسواء أمكن اقامة البيّنة عليه أم لم يمكن ، وكذا يقبل قوله في الخسارة ولايضمن الامع التفريط ، وقد تقدمالكلام في الاختلاف في قدر رأس المال ، وأن الاظهرقبول قول العامل بيمينه في الموضع السادس من المقصد الثاني (١) وكذا الاختلاف في حصة العامل وان الاظهر فيها أن القول قول المالك بيمينه في المسئلة الخامسة من المقصد الثالث (٢) .

وبقي الكلام هنافي الاختلاف في الرد ، فهل يقبل قول العامل في رد المال الى المالك أملا ؟ قولان : أولهما للشيخ في المبسوط قال : اذا ادعىالعامل رد المال الى المالك فهل يقبلقوله ؟ فيه قولان : أحدهما وهو الصحيح أنه يقبل قوله .

أقول : وقد علل ذلك بأنه أمين كالمستودع ، ولما في عدم تقديم قوله من الضرر لجواز أنيكون صادقاً فتكليفهبالرد ثانياً تكليف مالايطاق ، والمشهوربين الاصحاب الثاني ، لاصالة العدم ، ولان المالك منكر فيكون القولقوله بيمينه ، كما هو القاعدة المتفق عليها نصاً وفتوى ، كما أن العامل في ذلك مدع فعليه

(١) ص ٢٢٨
(٢) ص ٢٣٦

البيّنة بمقتضى القاعدة المذكورة وثبوت قول العامل في دعوى التلف لدليل خارج لايقتضي ثبوت قوله مطلقا .

وأما ماعلل به من أنه أمين كالمستودع وكل أمين يجب قبول قوله ، ففيه منع كلية الكبرى ، والفرق بين العامل هنا وبين المستودع ظاهر ، فان العامل هنا قبض لنفع نفسه والمستودع قبض لنفع المالك ،وهومحسن محض ، فلايناسب اثبات السبيل عليه بعدم قبول قولـه ، لمافيه من الضرر .

وأما ما علل به هنا من الضرر لولـم يقدم قوله ، فانه مدفوع بأن الحكم بذلك لما ثبت شرعا كما عرفت من أنه مقتضى القاعدة المتفق عليها نصا وفتوى ، فلايلتفت الىهذا الاستبعاد ، وهذا الضرر ، فانه لو تم ذلك لجرى في كل مدعى عليه ، وهوخلاف الاجماع نصا وفتوى .

قال في المسالك بعدذكر نحو مما ذكرناه : لكن يبقى فيالمسئلة بحث ، وهوأنه اذا لم يقبل قوله في الرد يلزم تخليده في الحبس لـو أصر على انكاره ، خصـوصاً مع امكان صدقه ، وهم قد تحرجوا من ذلك في الغاصب حيث يدعـى التلف ، فكيف بثبوته فيالامين ، الا أن يحمل على مؤاخذته ومطالبته به ، وان أدت الى الحبس للاستظهار به ، الى أن يحصل اليأس من ظهور العين ، ثم يؤخذ منه البدل للحيلولة ، الاأن مثل هذا يأتي فيدعوى التلف ، خصوصاً من الغاصب ، وليس في كلامهم تنقيح لهذا المحل ، فينبغي النظرفيه انتهى .

أقول : ماذكره من أنه اذا لم يقبل قوله ـ في الرد يلزم تخليده فيالحبس الىآخره ـ لا أعرف له وجهاً وجيهاً بحسب نظري القاصر ، وفكري الفاتر ، وأي موجب للحبس هنـا ، وذلك فان المسئلة هنـا أحد أفـراد مسئلة المدعي والمنكر ، ولا ريب أن الحكم الشرعي فيها هوالبيّنة على المدعي ، والا فاليمين علىالمنكر ، فان أقام المدعي البيّنة علىالرد انقطعت الدعوى والا حلفالمالك ووجب على مدعي الرد دفع الحق اليه . والنظر الى كونه أميناً غير ملتفت اليه

هنا ، لما عرفت آنفاً ، وكذا احتمال صدقه ، فانه جار في كل دعوى ، وكونه كذلك بحسب الواقع لايوجب الخروج عن مقتضى الحكم الشرعي ظاهراً ، فان الشارع حكم بثبوت الحق مع قيام البيّنة مطلقاً ، أعم من أن تطابق الواقع أم لا وحكم بسقوطه مع حلف المنكر مطلقاً ، والحق المدعى هنا هو الرد ، فبالبيّنة يثبت ، فينبغي المطالبة ، وباليمين يسقط ، وتتوجه المطالبة بالمال ، وان احتمل بحسب الواقع براءة ذمته لصحة دعواه .

وبالجملة فهذا الحبس الذي ذكره في المقام لاأعرف له وجهاً ولا ذكره غيره من الاعلام ، ومقتضى الحكم الشرعي في المسئلة انما هو ما ذكرناه ، هذا بالنسبة الى كلام الاصحاب في المسئلة .

وأما بالنسبة الى الاخبار فالذي وقفت عليه مما يتضمن الحبس ، الروايات المتقدمة في كتاب الدين(١) ، ومواردها كلها أن الامام (عليه السلام) يحبس في الدين اذ التوى الغريم حتى تبيّن له حاله من ملائة أو افلاس ، فاذا تبيّن افلاسه خلا عنه ، وفي رواية يدفعه الى غرمائه ، وان تبيّن ملائته استوفى الحق منه ، وما نحن فيه لاتعلق له بما دلت عليه هذه الاخبار .

نعم روى الشيخ في الصحيح عن زرارة (٢) عن أبي جعفر (عليه السلام) قال : كان علي (عليه السلام) لايحبس في السجن الا ثلاثة : الغاصب ، ومن أكل مال اليتيم ظلماً ، ومن ائتمن على أمانة فذهب بها ، وان وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً » .

وهذا الخبر على ظاهره غير معمول عليه بين الاصحاب فيما أعلم ، ولذا حمله الشيخ على الحبس على سبيل العقوبة أو الحبس الطويل ، قال (قدس سره) : هذا الخبر يحتمل وجهين : أحدهما ــ انه ما كان يحبس على وجه العقوبة ، الا الثلاثة الذين ذكرهم ، والثاني ــ انه ما كان يحبس طويلا الا الثلاثة الذين

(١) ج٢٠ص١٩٩ (٢) التهذيب ج٦ص٢٩٩ ح٤٣ ، الوسائل ج١٨ ص١٨١ ح٢

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

استئناهم ، لان الحبس في الدين انما يكون مقدار ما يتبيّن حاله ، انتهى ، وهو جيد .

وبالجملة فان مقتضى النظر فيما نحن فيه هو ادراجه في قاعدة الدعوى الواقعة بين كل مدع ومنكر ، والعمل فيه بما تقتضيه القاعدة المذكورة شرعاً والله العالم .

الثانية : اذا اشترى العامل من ينعتق بالشراء على المالك ، **فهنا مقامان** :

الاول ـ أن يكون ذلك باذن المالك وعلم العامل أنه أبو المالك مثلا ولاريب في صحة الشراء لوجود شرائطها ، ولا ريب أيضاً في انعتاقه على ابنه ، كما لو اشتراه الابن بنفسه ، أو وكيل له غير العامل .

وحينئذ فان بقي من مال المضاربة شيء بعد الثمن كان الباقي مضاربة ، والا بطلت المضاربة في الثمن ، والوجه في ذلك عندهم هو أن مبنى المضاربة على طلب الربح وتحصيل الانتفاع بتقليب المال في الشراء والبيع ، وحينئذ فكل تصرف ينافي ذلك يكون باطلا ، ومن جملته شراء من ينعتق على المالك ، لانه موجب للخسارة ، فضلا عن الاشتمال على الغرض الذاتي من القراض ، فتبطل المضاربة في ثمنه ، لانه بمنزلة التالف ، فان بقي هناك مال بعد الثمن استمرت المضاربة فيه ، والا بطلت كما لو تلف جميع مال المضاربة .

وهل للعامل هنا أجرة المثل أم لاشيء له ؟ قولان : الثاني منهما للشيخ في المبسوط ، وبالاول صرح العلامة في المختلف ، والشهيد الثاني في المسالك(١) وهذا في ما لو لم يكن في العبد المشترى ربح واما لو حصل فيه ربح فهل يكون العامل شريكا في العبد بما استحقه من حصته من الربح أو أنه لايترتب على هذا

---

(١) هذا الخلاف انما يتجه على تقدير القول المشهور بأن حصة العامل يتملك بالظهور كما هو المؤيد المنصور ، وأما على القول بانها تملك بالانضاض أو القسمة فلا ريب في عدم استحقاق الربح حينئذ لانتفائهما ، منه رحمه الله .

الربح أثر ، وانما للعامل أجرة المثل ؟ قولان : الاول منهما للشيخ في المبسوط وبالثاني صرح العلامة في المختلف .

قال في المبسوط : اذا اشترى من ينعتق على رب المال باذنه ، وكان فيه ربح انعتق ، وضمن للعامل حصته من الربح ، وان لم يكن ربح انصرف العامل ولاشيء له .

قال العلامة في المختلف بعدنقل ذلك : والوجه ، الاجرة على التقديرين ، لبطلان القراض بالشراء المأذون فيه ، والوجه في القول الاول من هذين القولين هو ثبوت حصة العامل في العبد ، لتحقق الملك بالظهور كما هو الصحيح المشهور وان وجب ضمانها على المالك ، من حيث سريان العتق في العبد كما أشار اليه الشيخ في عبارته بقوله : وضمن للعامل حصته من الربح ، ولا يقدح في استحقاقه الحصة المذكورة ، عتقه القهري لصدوره باذن المالك .

والوجه في القول الثاني وهو اختيار العلامة كما عرفت ، ومثله الشهيد الثاني في المسالك (١) أيضا والظاهر أن المشهور ما أشار اليه العلامة فيما تقدم من كلامه بقوله ، لبطلان القراض وتوضيحه ماقدمنا ذكره من أن هذا الشراء خارج عن مقتضى المضاربة ، فان متعلق الاذن فيها اشتمل على تقليب المال بالاخذ والعطاء مرة بعد أخرى لتحصيل الربح ، وهذا انما تضمن الخسارة لتعقب العتق له ، وحينئذ فاذا بطلت المضاربة فيه لم يترتب على ذلك الربح أثر ، وانما للعامل أجرة المثل عوض عمله خاصة .

فان قيل : انه اذا كان هذا الشراء ليس من مقتضيات عقد القراض ، فانه كما لايستحق شيئا من الربح فكذا لايستحق أجرة ، لانه خلاف مقتضى العقد ،

(١) قالوا : فكأنه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح وأتلفها حينئذ فيسرى على العامل مع يسار المالك ان قلنا بالسراية في مثله من العتق القهري أو مع اختيار الشريك السبب ، ويقوم له نصيبه مع يساره والا استسعى العبد فيه ، منه رحمه الله .

فالجواب أن استحقاق الاجرة ليس باعتبار هذا الامر بخصوصه بل بالنظر اليه والى غيره من المقدمات ، كالسفر للتجارة ، ونحو ذلك من الحركات والسكنات التى انما أتى بها لذلك ، ومع تسليم الانحصار فى ماذكر ، فانه ان كان من الامور التى تثبت فى مثلها أجرة المثل يثبت الاجرة ، والافكيف كان فالمسئلة لاتخلو من شوب الاشكال ، لعدم النص الواضح الذى ينقطع به مادة القيل والقال .

الثانى : أن يكون الشراء بغير اذن المالك ، وحينئذ فان وقع الشراء بعين المال ، فالظاهر أن المشهور بطلانه ، بناء على ماتقدم من منافاته للغرض الذاتى المطلوب من عقد القراض ، بل اشتماله على الاتلاف المحض .

ورد ذلك بأن غايته التصرف فى مال الغير بغير اذنه ، ومقتضى ذلك هو كونه فضولياً فان قلنا بصحة الفضولى فهو صحيح هنا ، وان وقف فى اللزوم على اجازة المالك ، هذا مع علمه بالنسب ، وعلمه بالحكم ، وأنه ينعتق عليه قهراً .

وأما مع جهله فانه يحتمل كونه أيضاً كذلك ، لان الاذن فى هذا الباب انما ينصرف الى مايمكن بيعه وتقليبه فى التجارة للاسترباح ، ولا يتناول غير ذلك ، فلا يكون ما سواه مأذوناً فيه : غاية ما فى الباب أنه قد التبس الامر على العامل هنا ظاهراً من حيث الجهل ، وهو لايقتضى الاذن ، وانما يقتضى عدم الاثم .

وبالجملة فالذى يترتب على الجهل انما هو عدم الاثم والمؤاخذة ، لا الصحة ويحتمل صحة البيع ويحكم بعتقه على المالك قهراً ، ولا ضمان على العامل ، لان مقتضى عقد القراض شراء ما يترتب عليه الربح بحسب الظاهر ، لابحسب نفس الامر ، وهذا من حيث الجهل كذلك ، وظهور كونه فى نفس الامر ليس كذلك لايمنع من الصحة التى وقع عليها عقد الشراء ، ويترتب عليها العتق لاستحالة توجه الخطاب الى الغافل والا لزم التكليف بما لا يطاق .

وبالجملة فان الاحكام الشرعية انما تترتب على الظاهر لا على نفس الامر والخطابات والتكليفات انما تناط بما هو الظاهر فى نظر المكلف من حل وتحريم

وطهارة ونجاسة ونحوها ، لاما كان كذلك في الواقع ، ولعل هذا الاحتمال أقرب من الاول .

وان وقع الشراء في الذمة لم تقع المضاربة ، لما تقدم في المسئلة الخامسة من المقصد الاول(١) من ان مقتضى اطلاق الاذن هو الشراء بعين المال ، وعلى هذا فلو اشترى في الذمة فلايخلو اما أن لايعين العقد لالمالك ولالنفسه ، وحينئذ يكون الشراء له ظاهراً وباطنا ، وان عينه لنفسه تعين له كذلك ، وان عينه للمالك لفظاً فهو فضولي على القول بصحة الفضولي ، وان عينه له نية وقع للعامل بحسب الظاهر ، وبطل باطنا ، فلا ينعتق ، ويجب التخلص منه على وجه شرعي ، اذ ليس مملكا له في الواقع ونفس الامر للنية المذكورة الصارفة عنه والله العالم .

الثالثة : ـ اذا كان مال القراض لامرأة فاشترى العامل زوجها فلايخلو اما أن يكون الشراء باذنها ، وحينئذ يكون الشراء صحيحاً ، وينفسخ نكاحها لما قرر في محله من امتناع اجتماع الملك والنكاح .

أولايكون الشراء باذنها ، وفيه قولان : فقيل : بالصحة ، الاأنه ذكر في المسالك أن القائل به غيرمعلوم ، وانما ذكره المصنف بلفظ قيل : ولم يعلم قائله .

أقول : وهذا القول قد نقله العلامة ايضاً في القواعد في المسئلة ، وعلل وجه الصحة هنا بأنه اشترى مايمكن طلب الربح فيه ، ولايتلف به رأس المال ، فيجوز حينئذ كمالو اشترى ما ليس بزوج .

وقيل : ببطلان الشراء المذكور لحصول الضرر على المالك به ، ويكون ذلك دليلا على عدم الرضا ، وتقييداً لما أطلقت من الاذن بدليل منفصل عقلي .

أقول : وهذان القولان حكاهما المحقق في الشرايع ، واختار منهما القول بالبطلان ، معللاله بأن عليها فيذلك ضرراً ، وبينه في المسالك بماقدمنا ذكره ،

(١) ص ٢١٣

والعلامة في الارشاد اقتصر مع عدم الاذن على القول بالبطلان جازماً به من غير نقل قول آخر غيره .

وفي القواعد قال : قيل : يبطل الشراء لتضررها به ، وقيل : يصح موقوفاً ، وقيل : مطلقا ، وأنت خبير بأن ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك وكذا ظاهر الاردبيلي في شرح الارشاد أن مقتضى التعليل الذي ذكر في وجه البطلان هو الرجوع الى العقد الفضولي ، لما عرفت من تعليل ذلك بحصول الضرر على المالك وموجب ذلك أنه لو رضي المالك زال المانع ، فيكون التعبير بالعقد الفضولي أنسب من الحكم بالبطلان مطلقا ، وظاهر العلامة في القواعد أن المشابهة بالعقد الفضولي والحمل عليه انما هو في جانب القول بالصحة ، حيث عبر عنه بأنه يصح موقوفاً ، يعني على الاجازة ، وفيه اشارة الى أن المراد بالقول بالبطلان انما هو مطلقا ، لا باعتبار عدم الاجازة كما فهمه في المسالك ، ثم انه ذكر القول بالصحة مطلقا .

وبالجملة فانه قد تلخص أن اقوالهم في المسئلة ثلاثة ، صحة القول بالشراء مطلقا ، وبطلانه مطلقا ، والقول بكونه كالعقد الفضولي ، ونسب في المسالك نقل الاقوال الثلاثة الى العلامة ، وهو كذلك كما سمعته من كلامه في القواعد ، الا أنه اقتصر على مجرد نقلها ، ولم يرجح شيئاً منها ، وفي الارشاد ظاهره الجزم بالبطلان مطلقا .

والظاهر أن المراد بالضرر الذي جعلوه حجة للابطال هو انفساخ النكاح ، مع صحة الشراء ، والا فان العبد بعد الحكم بصحة الشراء يكون من جملة أموال القراض ، يترتب عليه ما يترتب عليها من جواز البيع ، و تحصيل الربح .

وفي ثبوت الضرر بذلك على اطلاقه اشكال ، فان ثبت دليل على أن هذا ضرر يوجب بطلان الشراء ترتب عليه ما قالوه ، والا فالظاهر أن الشراء صحيح وان فسد النكاح ، وجرى العبد في مال المضاربة كغيره من أموالها .

ثم انه على تقدير كون ذلك ضرراً يوجب البطلان ، فالظاهر انه يرجع الى العقد الفضولي ، لا كما هو ظاهر القائل بذلك من البطلان مطلقا ، نظراً الى تلك القرينة المدعاة آنفا ، وحينئذ فان قلنا ببطلان العقد الفضولي كما هو الاظهر وان كان خلاف الاشهر ، فالامر واضح ، وان قلنا بصحته مع وقوفه في اللزوم على اجازة المالك ، رجع الامر الى الاجازة ، فان أجازته المرأة كان حكمه ما تقدم في صورة ما اذا كان الشراء باذنها ، والا وقع باطلا .

اذا تقرر ذلك فاعلم أنه على تقدير القول بالبطلان مطلقا أو مع عدم الاجازة فالحكم واضح ، وأما على تقدير القول بالصحة ، فان كان مستند الصحة انما هو اذن المرأة في الشراء ، أو اجازتها ذلك ، بناء على كون العقد فضولياً لم يضمن العامل ما فاتها من المهر والنفقة ، لان فواته مستند الى اذنها ورضاها .

وأما على القول بالصحة مطلقا وان لم يستند الى اذنها أو رضاها كما هو أحد الاقوال الثلاثة المتقدمة ، فان العامل يضمن المهر مع علمه بالزوجية ، وهو الذي صرح به في القواعد ، وغيره في غيره ، وربما قيل ، بضمانه في هذه الصورة ما فات مطلقا من مهر ونفقة ، وهو في المهر كما ذكرنا ظاهر ، فانه جاء التفويت من قبله لعلمه بالزوجية ، وأن ملكها له موجب لبطلان النكاح وذهاب المهر ، ومع هذا شراه .

أما في النفقة فمشكل كما ذكره في المسالك ، قال : لانها غير مقدرة بالنسبة الى الزمان ، ولا موثوق باجتماع شرائطها ، بل ليست حاصلة لان من جملتها التمكين في الزمان المستقبل ، وهو غير واقع الآن ، الى أن قال : والظاهر اختصاصه بالمهر على هذا القول ، وهو الذي ذكره جماعة ، انتهى وهو جيد ، والله العالم .

المسئلة الرابعة : لو اشترى العامل أباه أو من ينعتق عليه ، فان ظهر فيه ربح حال الشراء ، فالاشهر الاظهر انه ينعتق نصيب العامل من العبد بقدر ماله من

الربح فيه ، ويستسعى العبد في الباقي ، وهو حصة المالك سواء كان العامل مؤسراً أو معسرا .

وعلى هذا يدل صحيحة محمد بن قيس (١) « قال : قلت لابي عبدالله (عليه السلام) : رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة ، فاشترى أباه وهو لا يعلم ؟ قال : يقوم فان زاد درهما واحدا اعتق واستسعى في مال الرجل » والحكم المذكور مبني على تملكه الربح بمجرد الظهور ، كما هو مدلول الصحيحة المذكورة ، وهو الاشهر الاظهر .

وأما على القول بأن الملك انما يحصل بالقسمة أو الانضاض فان البيع صحيح ، الا أنه لاينعتق لعدم الملك حينئذ ، واطلاق الحكم بالاستسعاء شامل لما لو كان العامل مؤسراً أو معسرا ، فان عدم الاستفصال دليل على العموم في المقال ، حيث حكم (عليه السلام) بالاستسعاء ، ولم يفصل فيه بين كون العامل مؤسراً أو معسراً وهو ظاهر .

وقيل : بأنه مع اليسار يقوم على العامل ، لاختياره السبب ، وهو موجب للسراية ، لان اختيار السبب اختيار المسبب ، وحملت الرواية على اعسار العامل جمعاً بين الادلة ، أو على تجدد الربح بعد الشراء .

وفيه أن الرواية المذكورة دلت على أنه اشترى أباه وهو لايعلم أي لايعلم بكونه أباه ، فكيف يتم اختياره للسبب ، وهو لايعلم حال الشراء .

نعم يحتمل صحة ماذكروه على تقدير العلم ، الا أنه خارج عن مورد الخبر ، فلا يحتاج الى الجمع بما ذكروه ، وقيل : ببطلان البيع لانه مناف لمقصود القراض ، اذ الغرض هو السعي للتجارة التي تقبل التقليب للاسترباح وهذا الشراء يتعقب العتق له ينافي ذلك ، فيكون مخالفاً للتجارة ، فيكون باطلا

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤١ ح ٨ وفيه عن محمد بن ميسر ، الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٣ الوسائل ج ١٣ ص ١٨٨ ح ١ .

لعدم الاذن فيه ، أو موقوفاً على الاجازة .

وفيه أنه اجتهاد في مقابلة النص الصحيح ، فانه دل على الصحة ، لكن مورده كما عرفت جهله بكونه ممن ينعتق عليه ، والعجب أنه لم يتنبه أحد من الاصحاب لهذا القيد في الخبر ، بل جعلوا الحكم فيه مطلقا كما سمعت من كلامهم ، وكأنهم بنوا على أنه اذا كان كذلك مع الجهل ، فمع العلم بطريق أولى .

وفيه أنه يمكن مع العلم أنه لا يجوز له الشراء ، لما فيه من المخالفة للغرض المقصود من القراض ، كما علل به القول بالبطلان في المسئلة كما سيأتي ذكره ، ويؤيده ماتقدم في المقام الثاني من المسئلة الثانية (١) ، فيما اذا اشترى من ينعتق على المالك بغير اذنه .

أما مع الجهل فيصح ويترتب عليه ماذكر في الخبر ، وعلى هذا ينبغي اجراء الخلاف المذكور في غير مورد الخبر ، وهو العلم بكونه أباه ، فانه لخلوه من النص حينئذ قابل لهذه الاحتمالات والاقوال المتعددة ، والحكم في هذه الصورة محل اشكال لما عرفت من خروجها عن مورد النص ، مع عدم دليل واضح على شيء مما ذكروه ، سيما مع تدافع هذه التعليلات التي عللوا بها كلا من هذه الوجوه المذكورة ، هذا كله اذا كان ظهور الربح حال الشراء .

أما لو كان بعد ذلك كتجدده بارتفاع السوق ، ونحوه فاشكال ، لعدم النص الدال على حكم يكون المعول عليه في هذا المجال ، الا أنه يمكن أن يقال : انه بعد ظهور الربح بناء على التملك بمجرد الظهور كما هو الظاهر المشهور فانه يجري فيه الحكم المذكور في الخبر المتقدم ، من أنه ينعتق نصيب العامل منه ، ويستسعى في الباقي ، لان الظاهر من الخبر ترتب الحكم على ظهور الربح أعم من أن يكون وقت الشراء أو بعد ذلك ، فانه هو السبب في العتق ، لكن

(١) ص ٢٤٥

ينبغي التقييد بصورة الجهل كما أشرنا اليه آنفاً اذ مع العلم لا يبعد القول بالبطلان كما عرفت أيضا ، والله العالم .

الخامسة : قد صرح جملة من الاصحاب بأنه لما كان القراض من العقود الجائزة ، فلكل من المالك والعامل فسخه بقوله فسخت القراض ، أو أبطلته أو رفعته أو نحو ذلك مما يؤدى هذا المعنى أو بقول المالك للعامل لا تتصرف بعد هذا ، أو يقول رفعت يدك ، وكذا يحصل ببيع المالك المال لا بقصد اعانة العامل وحينئذ فان كان هناك ربح يقسم بعد اخراج رأس المال ، وان لم يكن ثمة ربح فللعامل أجرة المثل الى ذلك الوقت الذى حصل فيه الفسخ .

ولو كان في المال عروض فهل للعامل أن يبيعها بغير اذن المالك ؟ قولان : ولو طلب منه المالك الانضاض هل يجب عليه أم لا ؟ قولان : أيضاً ، وان كان سلفاً كان عليه جبايته.

قال في التذكرة : قد بيّنا أن القراض من العقود الجائزة من الطرفين كالوكالة والشركة ، بل هو عينهما ، فانه وكالة في الابتداء ، ثم يصير شركة في الاثناء ، فلكل واحد من المالك والعامل فسخه ، والخروج منه متى شاء ، ولا يحتاج فيه الى حضور الاخر ورضاه ، لان العامل يشترى ويبيع لرب المال باذنه فكان له فسخه كالوكالة ، الى أن قال : اذا ثبت هذا فان فسخا العقد أو أحدهما فان كان قبل العمل عاد المالك في رأس المال ، ولم يكن للعامل أن يشترى بعده وان كان قد عمل فان كان المال ناضا ولا ربح فيه أخذه المالك أيضا ، وكان للعامل أجرة عمله الى ذلك الوقت ، وان كان فيه ربح أخذ رأس ماله وحصته من الربح ، وأخذ العامل حصته منه ، وان لم يكن المال ناضا فان كان ديناً بأن باع نسية باذن المالك ، فان كان في المال ربح كان على العامل جبايته ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ، وان لم يكن هناك ربح ، قال الشيخ (رحمة الله عليه) يجب على العامل جبايته ، وبه قال الشافعي الى آخر كلامه .

أقول : والكلام هنا يقع في مواضع : **الاول** – قولهم أنه متى فسخ المالك وكان المال ناضاً ولا ربح فيه فللعامل أجرة المثل ، قيل ووجهه من حيث أن عمله محترم باذن المالك ، وليس على وجه التبرع بل في مقابلة الحصة ، وحيث أنه فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح فانه يستحق أجرة عمله الى حين الفسخ .

وفيه نظر ، لانه لم يدخل الا على تقدير الحصة من الربح على تقدير وجودها ، ومن الجائز أن لايحصل ربح بالكلية ، أو يحصل مع فواته بجبر نقص رأس المال ، فلا يحصل له شيء بالكلية ، والحصة فيما نحن فيه غير موجودة ، واثبات أجرة المثل يتوقف على الدليل ، فان قيل : أنه انما جعل له الحصة على تقدير استمراره الى أن يحصل ، وهو يقتضي عدم عزله قبل حصولها ، فان خالف فقد فوتها عليه ، فيجب عليه أجرته ، قلنا : لايخفى أن مقتضى عقد القراض حيث كان من العقود الجائزة هو جواز فسخه في كل وقت منهما ، أو من أحدهما ، فدخول العامل في هذا العقد مع علمه بما يقتضيه ويترتب عليه رضاً منه بذلك فقول هذا القائل : أن العقد يقتضي عدم عزله قبل حصول الحصة ، ليس في محله على أنك قد عرفت أنه يجوز أن يستمر العقد ، ولا يحصل ربح بالكلية ، أو يحصل ولكن يفوت بجبر نقصان رأس المال .

وبالجملة فان اثبات هذه الاجرة المذكورة يحتاج الى دليل واضح ، وليس فليس ، والتعليل المذكور عليل بما عرفت .

وهذ البحث يأتي أيضاً فيما لو لم يكن المال ناضاً لاربح فيه ، فانالكلام المذكور جار فيه أيضا ، هذا كله فيما اذاكان الفسخ من المالك .

أما لوكان الفسخ في هذه الحال من العامل ، فانه لاشيء له كما هو ظاهر بعضهم ، والوجه فيه ظاهر ، لقدومه على ذلك ، وعدم صبره الى أن يحصل الربح وأجرة المثل انما أوجبوها على المالك في الصورة الاولى حيث أنهكان سبباً في تفويت الاجرة ، وحينئذ فلا شيء له .

وفي التذكرة أطلق الحكم بثبوت الاجرة لو فسخا العقد أوأحدهما ، وكان ناضاً لا ربح ، والظاهر بعده .

الثاني ـ ما ذكروه فيما اذا كان الفسخ قبل الانضاض ، وكلامهم هنا مجمل يحتاج الى توضيح وتنقيح ، فانه لايخلو في هذه الصورة اما أن يكون في المال ربح ، أو لا ، فعلى الاول متى قلنا بأن الربح يملك بمجرد الظهور كما هو الصحيح المشهور ، والمؤيد المنصور ، فان اتفقا على أن العامل يأخذ حصته من تلك العروض فلا بحث ، وكذا ان اتفقا على الانضاض ، وأخذ العامل حصته بعد الانضاض .

أما لو طلب المالك من العامل الانضاض من غير ارادته ذلك ، فظاهرهم وجوب ذلك على العامل ، قالوا : لان استحقاقه الربح وان ثبت بالظهور الا أن استقراره مشروط بالانضاض ، لاحتمال مايقتضي سقوطه .

وعندي فيه اشكال ، لان ذلك انما يتم قبل الفسخ ، حيث أنه مقتضى عقد القراض ، وأما بعده وصيرورة العامل كالاجنبي الشريك في ذلك المال ، فالزامه بما قالوه يتوقف على دليل واضح ، سيما مع امكان أخذ الحصة من العروض ، فان غايته أنه يكون شريكا في تلك العروض ، والشريك لايجب عليه الانضاض بطلب شريكه .

وهكذا باقي الكلام فيما لو طلب العامل الانضاض ، فهل يجب على المالك اجابته أم لا ؟ قولان : والظاهر العدم لما عرفت أيضا .

وبالجملة فان اثبات الوجوب على أحدهما بعد فسخ المعاملة يحتاج الى دليل واضح ، والتمسك في دفعه بالاصل أقوى مستمسك .

وعلى الثاني فان للمالك أن يأخذه ان شاء ، وهل عليه أجرة المثل للعامل هنا أم لا ؟ قولان : والكلام هنا كما تقدم فيما اذا كان المال ناضاً ولا ربح ، كما اشرنا اليه آنفا .

وهل للعامل أن يبيعه ان أراد بغير رضا المالك أم لا ؟ قولان : أظهرهما الثاني ، لان هذه العروض ملك للمالك ، ولاتعلق للعامل فيها بوجه اذ المفروض عدم الربح والتصرف فيها بغير اذن المالك محرّم بلا ريب .

وأما ما تعلق به القائل بالجواز من تعلق حق العامل به ، واحتمال وجود زبون يزيد في الثمن ، فيحصل الربح مردود . بأن تعلق حق العامل به انما يتم مع وجود شيء من الربح ، اذ لا حق له في رأس المال ، و المفروض هنا عدم وجود ربح بالكلية ، واحتمال وجود زبون أضعف .

نعم لو كان الزبون موجوداً بالفعل اتجه ماذكره ، وكان من قبيل ما لو ظهر فيه ربح كما قدمنا ذكره.

وهل للمالك في هذه الصورة الزام العامل بالانضاض أم لا ؟ قولان : أيضا ، واستدل على الاول بقوله صلى الله عليه واله وسلم (١) « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » وقد أخذه نقداً فيجب رده اليه ، ولحدوث التغيير في المال بفعله ، فيجب رده .

ولايخفى ما فيه ، فان الاخذ والتصرف بالشراء انما حصل باذن المالك ، والتغيير انما نشأ عن اذنه ، فلا يستعقب ضرراً على العامل ، والاصل عدم الوجوب ، والخبر المذكور لاعموم فيه على وجه يشمل محل البحث ، ومع تسليمه فان الاداء أعم من أن يكون بالمثل أو العوض .

وبالجملة فالاصل العدم ، وهوأقوى دليل في المقام ، فلايخرج عنه الابنص واضح ، وكذلك أيضا الاصل بعد ارتفاع العقد ، البرائة من عمل لاعوض عليه .

الثالث ـ ماذكروه فيما اذا كان المال سلفاً وتفصيل القول في ذلك أنه لاريب كما عرفت فيما تقدم أن العامل ليس له البيع بالدين الا مع الاذن ، لانه خلاف مقتضى عقد المضاربة ، وكذا ليس له الشراء نسية الامع ذلك لما ذكر ، فلو فعل بغير اذن كان الثمن مضموناً عليه ، ولااشكال في ذلك .

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ .

وانما الكلام فيما اذا أذن له المالك ، وقد أطلق جمع منهم المحقق فى الشرايع وجوب جبايته بعد الفسخ على العامل ، وظاهر عبارة التذكرة المتقدمة تقييد ذلك بما اذا كان فى ذلك المال ربح ، وعن الشيخ القول بالاطلاق كما هوظاهر الجماعة المذكورين ، وبه صرح فى القواعد أيضاً فقال : اذافسخ والمال دين وجب على العامل تقاضيه ، وان لم يظهر ربح .

وبالجملة فظاهرهم الاتفاق على وجوب الانضاض فى الجملة ، وانما الخلاف فى تخصيص ذلك بصورة وجود الربح كما هو ظاهر التذكرة أومطلقا ، كما هو ظاهر الاكثر ، وعللوا ذلك باقتضاء المضاربة رد رأس المال عن صفته ، والزبون لايجرى مجرى المال ، ولان الدين ملك ناقص ، والذى أخذه كان ملكا تاما فليؤد كما أخذ لظاهر « على اليد ما أخذت حتى تؤدى » (١) .

وأنت خبير بما فى هذه التعليلات من عدم الصلوح ، لابتناء الاحكام الشرعية عليها ، كما اشرنا اليه في غير موضع مما تقدم ، فان الوجوب والتحريم ونحوهما أحكام شرعية يتوقف على الدليل الواضح ، والادلة عندنا منحصرة فى الكتاب والسنة ، وعندهم بضم الاجماع ، ولااجماع مدعى فى المسئلة ، على أن ما ذكروه من التعليل المذكور معارض بأن الادانة انما حصلت باذن المالك كما هو المفروض .

وقولهم ان المضاربة تقتضى رد رأس المال على صفته مسلّم مع الاستمرار على العقد ، وأما مع فسخه سيما ان كان الفاسخ هو المالك، فهو ممنوع والاصل عدم الوجوب ، وبراءة الذمة منه ، وهوأقوى دليل حتى يقوم الدليل الواضح على خلافه .

وأما قوله فى المسالك فى رد ذلك : أنه يضعف بأن اذن المالك فيه انما كان على طريق الاستيفاء لامطلقا ، بدلالة القرائن ، ولاقتضاء الخبر ذلك .

ففيه ان ذلك انما يتم مع الاستمرار على العقد المذكور لامع فسخه ، سيما اذا كان الفاسخ له هو المالك .

وبالجملة فان مقتضى عقد القراض والاذن فيه هـو جميع ماذكره ، وأما بعد فسخهفدعوى كون ذلكالاذن يقتضى ماذكروه مع الحكم ببطلانالعقد بالفسخ محل المنع ، لاختلاف الحالين ، وتغاير الحكمين من جميع الجهات ، ومن جملتها هذا الموضع ، و المانع مستظهر و أما دعواه اقتضاء الخبر ذلك فهو أضعف ، لما عرفت ، ولو تم الاستدلال بهذا الخبر علىماذكروه للـزم منه أيضا جريان ذلك في الوكيل ، اذا اشترى باذن موكله عروضا ثم عزله الموكل عن الوكالة ، فانه يجب عليه بيع تلك العروض ، وتنقيد الثمـن ، والرد على المالك كما قبضه منه ولا قائـل بذلك فيما أعلم ، وهـم قد صرحوا كما تقدم بأن عقد القراض يتضمن الوكالة ، بل هو وكالة فيالاول كما تقدم في كلام العلامة وغيره مـع أنه لم يصرح أحد منهم فيالوكالة بذلك بل الظاهر أنه متى عزله الموكل امتنع تصرفه سواء كان المال نقداً أو عروضاً .

فـرع :

لو مات صاحـب المال انفسخ العقـد لان موت أحدهما من جملة أسباب الفسخ ، فلوكان ذلك والمال عروض فالظاهر أنه لا اشكال فيجواز بيـع العامل له مع الاتفاق على ذلك بينه وبين الوارث .

وأمامع عدمالاتفاق علىذلك فظاهر الاصحاب أن الكلام هنا حسب ماتقدم من الخلاف فيصورة الفسخ مع حيوة المالك ، منأنه هل لكل واحد منها مطالبة الاخر بالانضاض أم لا ؟ وظاهر جملة منهم أن للعامل هنا البيع بالاذن السابق الا أن يمنعه الوارث ، وقيـل : انه ليس للعامل البيع ، وان لم يمنعه الوارث ، لان المال الان حق لغير من أذن فيه أو لا ، فلا يجوز التصرف فيه الا باذنه لبطلان العقد ، وهو جيد .

وفي التذكرة نسب الاول الى المشهور بين الشافعية والثاني الى وجـه

آخر لهم أيضا ، ونفى عنه البأس ، ووجهه ظاهر كما عرفت ، والله العالم .

السادسة: قد تقرر ان مقتضى المضاربة هو عمل العامل بنفسه ، فلا يجوز أن يضارب غيره الا باذن المالك لما فيه من التغرير بمال المالك ، والتصرف فيه بغير اذنه ، وهو محرم ، فان اذن له المالك صح وكان وكيلاً من قبل المالك في ذلك ، فان كان بعد عمل العامل الاول وقد ظهر فيه ربح فله حصته من الربح ، بناء على الأشهر الاظهر من أنه يملك الربح بمجرد الظهور .

وأما على القول بتوقفه على الانضاض أو القسمة فلا ، ولكن له أجرة المثل بمقتضى كلام الاصحاب وبه صرح في التذكرة هنا أيضا ، وأيما كان فانه ليس للعامل الاول على هذا التقدير أن يشترط لنفسه شيئاً من الربح ، اذ ليس له مال ولا عمل هنا ، والربح تابع لهما ، ولا فرق في هذه الصورة بين جعل الحصة للعامل الثاني بقدر حصة الاول التي وقع عليها الاتفاق بين المالك والعامل الاول ، أو أقل ، وعلى تقدير كونها أقل فان هذه الزيادة لايستحقها العامل الاول ، اذ ليس هذا عملا من أعمال التجارة التي يستحق به حصة ، بل هي للمالك ، ولو كان أذن المالك للعامل الاول في المضاربة ، لابهذا المعنى المذكور ، بل بمعنى ادخال من أراد معه ، وجعلهما اثنين مثلا ، وحاصله جعل الثاني شريكا له في العمل والحصة ، فلا مانع من ذلك ، بل يكون صحيحاً لزوال المانع المذكور آنفا ، وهو عدم العمل ، هذا كله مع الاذن له في المضاربة .

أما لو لم يأذن له فانه لا يصح القراض الثاني ، لما عرفت آنفاً من أنه تصرف بغير اذن المالك ، وتغرير به .

وحينئذ فلو عمل به العامل الثاني والحال هذه وظهر فيه ربح فلا خلاف في أن نصفه للمالك ، وانما الخلاف في النصف الاخر ، **وفيه أقوال ثلاثة :**

أحدها ـ أنه للعامل الاول ، واختاره في الشرايع والعلامة في الارشاد وعلل

بوقوع العقد الصحيح بينه وبين المالك ، على أن يكون ذلك له ، فيستحقه لاشتراطه له ، وعقده مع الثانى باطل لما عرفت .

قالوا : وعلى هذا فللعامل الثانى على الاول أجرة مثل عمله ، لانه غره .

وفيه انه انما يتم مع جهل العامل الثانى أما مع علمه بكون العامل الذى ضاربه غير مالك ، ولا مأذون من المالك ، فانه لايستحق شيئا ، لانه تصرف فى مال الغير بغير اذنه مع علمه بأنه ممنوع منه ، وفى هذا القول أيضاً زيادة على ماعرفت أنه لايخلو اما أن يكون العامل الثانى قد شرى بعين المال ، أو فى الذمة ، وعلى الاول فان العقد يكون فضوليا ، لانه غير مأذون من المالك فينبغى بمقتضى صحة العقد الفضولى عندهم أن يكون موقوفاً على الاجازة ، فان اجازه المالك فالواجب أن يكون الربح كله له ، لان العامل الاول لم يعمل شيئا ، والثانى غير مأذون .

وعلى الثانى فان نوى وصرح بالمالك فكذلك أيضا ، والا وقع لمن نواه ولنفسه ان أطلق ، وبه يظهر أن ما أطلق فى هذا القول من كون الحصة للعامل الاول ليس فى محله .

وثانيها ـ أن النصف الاخر للمالك ، وهو ظاهر العلامة فى التذكرة قال بعد ذكر المسئلة : فان حصل ربح فالاقرب أنه للمالك ، ثم لايخلو اما أن يكون العامل الثانى عالماً بالحال أو لا ، فان كان عالماً لم يكن له شيء ، وان لم يكن عالماً رجع على الاول بأجرة المثل ، انتهى .

وكلامه ظاهر فى منع العامل الثانى من الربح وعدم استحقاقه شيئاً منه ، وأما الاول فلم يتعرض له ، وينبغى أن يعلم أن الوجه فى عدم استحقاقه ، هو انه لم يعمل شيئاًيوجب استحقاقه بشيء من الربح ، وعلل منع الثانى أيضا ، بأن عقده فاسد ، فلا يترتب عليه أثر ، والحق هو التفصيل بما تقدم فى القول الاول من أن الشراء وقع بعين المال أو فى الذمة حسب ما عرفت ، وبه يظهر أنه

لايتم القول بأن عقده فاسد .

وثالثها ـ ان النصف بين العاملين بالسوية ، اتباعاً للشرط ، خرج منه النصف الذى أخذه المالك ، فكأنه تالف ، وانحصر الربح فيالثانى ، قالوا : وعلى هذا فيرجع العامل الثانى على الاول بنصف أجرته ، لانه دخل على نصف الربح بتمامه ، ولم يسلّم اليه الا نصفه .

قيل : و يحتمل هنا عدم الرجوع ، لان الشرط محمول على اشتراكهما فيما يحصل ، ولم يحصل الا النصف .

و كيف كان فينبغى أن يعلم أن هذا كله مع الجهل ليتم التوجيه المذكور والا فمع العلم فالعمل على ما تقدم من التفصيل بكون الشراء بالعين ، أو فى الذمة ، فلا يتم ما ذكر هنا .

أقول : وهذه الاقوال الثلاثة نقلها المحقق فى الشرايع فى المسئلة ، واختار الاول منها ، وقال فى المسالك : وهذه الاقوال ليست لاصحابنا ، ولا نقلها عنهم أحد ممن نقل الخلاف ، وانما هيوجوه للشافعية ، موجهة ذكرها المصنف والعلامة فى كتبه .

وفيه انك قدعرفت اختيار المحقق القول الاول من هذه الاقوال الثلاثة ، وهو أيضاً اختيار العلامة فى الارشاد والثانى منها اختيار العلامة فى التذكرة ، ومثله فى القواعد .

واما الثالث فلم أقف على قائل به ، وبه يظهر أن قوله فى المسالك ان هذه الاقوال ليست لاصحابنا ، وانما هيوجوه للشافعية ليس فيمحله ، فان ذكر الشافعية لهاوجوهاً فيالمسئلة لاينافياختيار أصحابنا لمايترجح عندهم منها ، بل أنت اذا تأملت بعين التحقيق عرفت أن جميع الفروع الغيرالمنصوصة فياخبارنا فى جل أبواب الفقه انماهى للعامة ، وأصحابنا قد جروا على ماجروا عليه فيما يختارونه منها ، كما تقدم التنبيه عليه فى غير موضع ، ومنها هذه المسئلة .

والقول الثالث في هذه الاقوال قد نقله العلامة في التذكرة بعد اختياره القول الثاني عن المزني من الشافعية ، وقال : انه قول الشافعي في القديم ، ثم انه قال في المسالك بعد البحث وذكر الاقوال فيها : والتحقيق في هذه المسئلة المترتب على أصولنا أن المالك ان أجاز العقد فالربح بينه وبين الثاني على الشرط ، وان لم يجزه بطل ، ثم الشراء ان كان بالعين وقف على اجازة المالك ، فان أجازه فالملك له خاصة ، ولاشيء لهما في الربح ، أما الاول فلعدم العمل ، وأما الثاني فلعدم الاذن له ، وعدم وقوع العقد معه ، والثاني أجرة مثل عمله على الاول مع جهله ، لامع علمه ، وان كان الشراء في الذمة ونوى صاحب المال فكذلك ، وان نوى ممن عامله وقع الشراء له ، لانه وكيله و ان لم ينو شيئاً أو نوى نفسه فالعقد له ، وضمان المال عليه لتعديته بمخالفة مقتضى المضاربة ، وحيث لايقع العقد للعامل الثاني فله الاجرة على الاول مع جهله ان لم يتعد مقتضى المضاربة عمداً ، انتهى .

وهو جيد الا انه في جل المواضع مبتن على القول بصحة العقد الفضولي وتوقفه على الاجازة ، وأما على القول ببطلانه كما هو الظاهر عندي وعند جملة من المحققين كما تقدم في محله فالامر واضح في جملة هذه المواضع والله العالم .

السابعة : لو أنكر العامل مال القراض فأثبته المالك بالبيّنة ، فادعى العامل بعد ذلك التلف ، فقد صرح الاصحاب بأن هذه الدعوى الاخيرة غير مقبولة ، وكذا الحكم فيما لو ادعى عليه وديعة أو غيرها من الامانات فأنكرها ، ثم بعد الاثبات ادعى التلف قالوا : والوجه فيه أن دعواه التلف مكذبة لانكاره الاول وموجبة للاقرار به ، وانكاره الاول نوع تعد في المال ، والواجب عليه في جميع هذه المواضع البدل أو القيمة .

أما لو كان جوابه لايستحق عندي شيئاً وما اشبهه لم يضمن ، اذ ليس في

ذلك تكذيب للبيّنة ، ولا للدعوى الثانية فان المال اذا تلف بغير تفريط لا يستحق عليه بسببه شيئا ، وحينئذ فيقبل قوله في التلف من غير تفريط بيمينه ، وثبوت القراض بالبينة لا ينافي جواز تلفه بعد ذلك بغير تفريط ، وقد تقدم أن العامل أمين يقبل قوله بيمينه ، وهو ظاهر .

ولو ادعى الغلط في الربح أوقدره بأن قال أولا ربحت ، أوربحت كذا ، ثم ادعى الغلط في ذلك ، وانه ماربح شيئا أوربح شيئا أقل مما ذكره أولا ، فانه يؤخذ باقراره الاول ، ولا يسمع دعوى الغلط كما هو شأن جميع الاقارير .

نعم لو قال : خسرت بعد ذلك أوتلف ، فانه يقبل قوله بيمينه كما تقدم .

ولو ذكر لما ادعاه من الغلط وجهاً يمكن استناده اليه وابتناءه عليه فلا يبعد قبول قوله ، كما مر مثله ، بأن ظن هنا أن متاعه يشترى بكذا وكذا زيادة على القيمة التي ابتاع بها ، فظهر كذب ظنه ، ونحو ذلك فليس فيه الا ارتكاب التجوز في اخباره بالبناء على الظن ، ومثله في باب المجاز غير عزيز والله العالم .

الثامنة : ــ الظاهر أنه لاخلاف في أنه ليس لاحد من العامل والمالك استحقاق شيء من الربح استحقاقاً تاماً حتى يستوفي المالك جميع رأس ماله ، فلو كان في المال خسران وربح جبرت الوضيعة من الربح ، سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة ، أو الخسران في صفقة ، والربح في أخرى أوالربح في سفر ، والخسران في سفر آخر لان معنى الربح هوالفاضل عن رأس المال ، واذا لم يفضل شيء فلا ربح .

قال في التذكرة بعد ذكر الحكم المذكور : ولانعلم في هذا خلافا ، اذا تقرر ماذكرناه فاعلم : أنهم قد صرحوا بانه ليس لاحدهما قسمة الربح قبل فسخ العقد قسمة اجبار ، بل يتوقف على رضاهما معاً ، فلايجبر أحدهما لوامتنع .

أما العامل فانه لايجبر لوطلب المالك القسمة ، لانه لايأمن أن يخسر المال بعد ذلك ، ويكون قدخرج ما أخذه من الربح ، وفات من يده ، فيحتاج

الى غرم ماحصل له بالقسمة ، وفي ذلك ضرر عليه ، فلايلزم الاجابة الى ما فيه ضرر عليه .

وأما المالك فانه لايجبر أيضا على القسمة لوطلبها العامل ، لان الربح وقاية لرأس ماله ، فله أن يقول : لاادفع اليك شيئا من الربح حتى يسلم لي رأس مالي ، ثم أنه لوتراضيا بالقسمة قبل الفسخ ، فقد عرفت أنه لم يحصل استقرار الملك للربح ، وعلى هذا فلو حصل الخسران بعد ذلك صبر المالك الى أن ينجبر هذا النقص بتجارة أخرى ، والا فانه يجب على العامل جبره بما أخذ من الربح ، لانه لم يملك ما أخذه ملكا مستقراً ، بل مراعى بعدم الحاجة اليه لجبر الخسران ، وحينئذ فاذا اتفق الخسران بعد قسمتهما الربح رد العامل أقل الامرين مما وصل اليه من الربح ، ومما يصيبه من الخسران ، لان الاقل انكان هوالخسران ، فلايلزمه سوى جبر المال ، والفاضل له ، وان كان هو الربح ، فلايلزمه الجبر الابه ، وكذا يحتسب المالك برجوع أقل الامرين اليه .

وتوضيح ذلك بأن نفرض أن أصل المال مأة درهم ، والربح عشرون درهما ، والشرط أن يكون الربح بينهما نصفين ، وبموجبه يكون النقصان كذلك ، فاقتسما الربح وصار حصة العامل عشرة دراهم ثم انه اتفق نقصان المال من التجارة عشرين درهماً ، فعلى العامل عشرة دراهم ، وهي تمام حصته ، لان له نصف الربح فعليه نصف النقصان ، وباقي النقصان على حصة المالك ، ولو كان الخسران ثلاثين درهماً والربح كما تقدم ، فان حصته من النقصان بموجب ما عرفت خمسة عشر درهما ، وحصته من الربح انما هي عشرة ، فياخذ هنا بالاقل الذى هو حصته من الربح ، فانه لايلزم بأزيد مما يأخذه ، ولايكلف بالجبر من غير الربح ، ولو كان الخسران عشرة دراهم فان حصته من الخسران خمسة دراهم بموجب ما عرفت ، وهي أقل من حصته من الربح التي هي عشرة كما عرفت فيؤخذ بالاول الذى هو الاقل والخمسة الاخرى على المالك ، وعلى هذا يكون الزائد له ، لان الامر هنا بالحصة ،

والرصد والذي يتعلق بالعامل من ذلك هو النصف ، والنصف الاخر بالمالك ، ومنه يعلم ما يتعلق بالمالك .

التاسعة : الظاهر أنه لاخلاف في أن التالف من مال التجارة كلا أو بعضاً بعد دورانه في التجارة يجبر بالربح ، والمراد بدورانه في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء ، لامجرد السفر به ، قبل وقوع شيء من ذلك ، ويمكن أن يستدل على هذا الحكم أعني جبر الفائت كلا أو بعضاً بالربح بالاخبار الكثيرة المتقدمة ، الدالة على أنه مع المخالفة يضمن المال ، والربح بينهما .

ومنها صحيحة محمد بن مسلم (١) « عن أحدهما (عليهما السلام) « قال : سألته عن الرجل يعطي المال مضاربة وينهي أن يخرج به ، فيخرج قال : يضمن المال والربح بينهما » .

والتقريب فيها ما تقدم من أن الربح هو الفاضل عن رأس المال فيما لم يفضل عن رأس المال شيء فلا ربح ، وقد ادعى عليه في التذكرة الاجماع ، كما تقدمت الاشارة اليه ، وحينئذ فلا بد من جبر التالف ليحصل بقاء المال ، فما زاد على ذلك يتصف بكونه ربحاً يتعلق به القسمة بينهما ، وظاهر الاصحاب أنه لافرق في الفوائت التي يترتب عليها الخسران بين أن يكون بآفة سماوية أو بغصب غاصب أو سرقة أو نحو ذلك .

ووجه الاطلاق في ذلك ما عرفت من أن الربح وقاية لرأس المال فما دام المال لايكون موجوداً بكماله ، فلا ربح ، وربما قيل : باختصاص الحكم بما لايتعلق فيه الضمان بذمة المتلف ، لانه حينئذ بمنزلة الموجود فلا حاجة الى جبره ، و لانه نقصان لايتعلق بتصرف العامل وتجارته بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه : والمشهور عدم الفرق .

قال في التذكرة : لو حصل في المال نقص بانخفاض السوق ، فهو خسران

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ ح ٢ الوسائل ج ١٣ ص ١٨١ ح ١ .

مجبور بالربح ، وكذا ان نقص المال بمرض حادث أو بعيب متجدد ، وأما ان حصل نقص في العين بأن يتلف بعضها فان حصل بعد التصرف في المال بالبيع والشراء ، فالاقرب انه كذلك ، وأكثر الشافعية على أن الاحتراق وغيره من الافات السماوية خسران مجبور بالربح أيضا .

وأما التلف بالسرقة والغصب ففيه لهم وجهان ، وفرقوا بينهما بأن في الغصب والسرقة يحصل الضمان على الغاصب والسارق ، وهو يجبر النقص فلا حاجة الى جبره بمال القراض ، وأكثرهم لم يفرقوا بينهما ، وسووا بين التلف بالافة السماوية وغيرها ، فجعلوا الوجهين في النوعين : أحدهما المنع ، لانه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته ، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ، وليس هو بناش من نفس المال الذى اشتراه العامل ، بخلاف المرض والعيب فلا يجب على العامل جبره .

وكيف كان فالاصح عندهم أنه مجبور بالربح انتهى كلامه .

وبه يظهر لك أن ماذكره الاصحاب في المقام مأخوذ من كلام الشافعية هنا ، كما أشرنا اليه فيما تقدم ، وهذا كله فيما اذا حصل التلف في المال بعد دورانه في التجارة .

أما لو كان قبل ذلك فلايخلو اما أن يكون التالف الجميع أو البعض ، وعلى الثاني فالاقرب عندهم جبره بالربح ، كما لودفع له مأة فتلف منها قبل الاستعمال خمسون ، فانه يجبر التالف بالربح ، لانه تعين للقراض بالعقد والدفع الى العامل وقبض العامل له ، وحينئذ يكون رأس المال مأة كذا صرح به في التذكرة .

وعلى الاول فالذى صرح به في التذكرة ، هوأنه ان كان التلف بآفة سماوية أو من جهة المالك انفسخ العقد ، لزوال المال الذى تعلق به العقد ، فان اشترى بعد ذلك للمضاربة كان لازماً له ، والثمن عليه ، سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهل ذلك ، الاأن يجيز المالك الشراء ، فان أجاز احتمل أن يكون

قراضاً ـ كما لولم يتلف المال ـ وعدمه كما لو لم يأخذ شيئاً من المال ، أما لو أتلفه أجنبي قبل دورانه في التجارة ، وقبل تصرف العامل فيه ، فان العامل يأخذه بماله ، ويكون القراض باقيا فيه ، لان القراض كما يتناول عين المال فكذا يتناول بدله كأثمان السلعة التي يبيعها العامل ، والمأخوذ من الاجنبي عوضاً بدل .

وقال في المسالك : انه أي تلف المال كلاً قبل الدوران موجب لبطلان العقد ، فلايمكن جبره ، الا أن يحمل على ما لو أذن له في الشراء في الذمة فاشترى ، ثم تلف المال ونقد عنه الثمن ، فان القراض يستمر ويمكن جبره حينئذ بالربح المتجدد ، كلاهما متفق على البطلان في الصورة المذكورة الا مع التأويل بما ذكره كل منهما ، وان تغاير التأويلان .

وقال في الشرايع : اذاتلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح ، وكذالوتلف قبل ذلك ، وفي هذا تردّد .

قال في المسالك : وجه التردد فيما لو كان تلفه قبل الدوران من أن وضع المضاربة على أن الربح وقاية لرأس المال ، فلا يستحق العامل ربحاً الا بعد أن يبقى رأس المال بكماله ، لدخوله على ذلك ، وعدم دورانه لا دخل له في الحكم بخلافه ، ومن أن التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض ، والاقوى عدم الفرق ، لان المقتضى لكونه مال قراض هوالعقد ، لا دورانه في التجارة ، فمتى تصور بقاء العقد وثبوت الربح جبرماتلف مطلقا انتهى .

أقول : قد عرفت أن مقتضى تلف المال قبل الدوران هوبطلان المضاربة كما اعترف به فيما قدمنا نقله عنه ، وكذا في ما قدمناه من كلام التذكرة ، ومقتضى ذلك أنه لاربح هنا بالكلية ليحصل به الجبران . ولم يبق الا الحمل على ماذكره من التاويل ، وهو مع بعده عن ظاهر عبارة المصنّف غاية البعد ، مدخول بأن الظاهر انما هو عدم الجبران .

قوله : ان وضع المضاربة على أن الربح وقاية لرأس المال الى آخره مسلم

الا أنه فرع وجود رأس المال فان رأس المال انما يصدق كما هو المتبادر على المبلغ الذى دفعه المالك، وهو قد تلف كما هو المفروض، والربح الذى يجب الجبر به انما هو ماحصل من ذلك المال بعد المعاملة به، وهذا الربح الذى حصل بالشراء فى الذمة لم يترتب على ذلك المال المفروض، لانه قد ذهب قبل دورانه، ويؤيده أن الاصل بقاء ملك العامل لهذا الربح وخروجه عنه الى أن يجبر به الفائت يحتاج الى الدليل.

نعم قام الاجماع. وظاهر ما تقدم من الاخبار على الجبر بعد الدوران، فيبقى ماعداه على حكم الاصل، وبذلك يظهر أن قوله وعدم دورانه لادخل له فى الحكم بخلافه ليس فى محله.

وبالجملة فانا لا نمنع بقاء العقد فى صورة التأويل الذى فرضه ـ وبنى عليه الكلام، لعدم فسخه وارتفاعه مع الاذن فى الشراء فى الذمة، وظهور ربح هناك ـ وانما نمنع من جبر التالف بهذا الربح، اذ المتبادر من الاخبار وكلام الاصحاب أن الربح الذى يجبر التالف انما هو ربح ذلك المال الذى وقعت المعاملة به، ورأس المال الذى يخرج أولا انما هو المستعمل فى التجارة وكونه مال التجارة، انما يصدق حقيقة بعد الدوران لا قبله، بمعنى جبر التالف بالربح أى الذى عرض له التلف بعد حصول الربح فيه، لا ما لم يكن كذلك.

وكيف كان فالمانع مستظهر، والله العالم.

العاشرة: يجوز تعدد كل من العامل والمالك فيضارب المالك اثنين، وبالعكس، فاذا تعدد العامل بأن قارض الواحد اثنين، اشترط تعين الحصة لهما ولا يجب عندهم تفصيلها، بل يجوز أن يجعل النصف لهما، فيحكم بالنصف لهما بالسوية، لاقتضاء الاطلاق ذلك، واصالة عدم التفصيل،

وفيه نظر قد تقدم ذكره فى المسئلة الرابعة من المقصد الثالث فى

الربح ولو شرط التفاوت بينهما بأن جعل لاحدهما ثلث الربح ، وللاخر ربعه فأبهم ولم يعيّن بطل ، ولو عيّن الثلث لواحد بعينه ، والربع للاخر صح ، لان عقد الواحد مع اثنين في حكم عقدين قد قارض في أحدهما بثلث الربح ، وفي الاخر بالربع ، وقد تقدم ايضاح ذلك في المسئلة المذكورة ، واذا اتحد العامل وتعدد المالك فلو بيّنا نصيب العامل من الربح بأن جعلا له نصف الربح ، ولهما الباقي يكون بينهما على مايشترطانه من التفاضل و التساوي ، سواء كان على نسبة المالين أم لا ، وبه أفتى في التذكرة ونقل عن الشافعي المنع من التفاضل مع تساوي المالين ، والتساوي مع تفاضلهما ، لان الربح يكون تابعاً للمال ، فاذا شرطا له النصف كان النصف الاخر بينهما بالسوية ، فشرط التفاوت فيه يكون شرطاً لاستحقاق ربح بغير عمل ولا مال .

ولو شرط أحدهما للعامل النصف من حصته من الربح ، وشرط الاخر له الثلث على أن يكون الباقي بينهما نصفين صح على القول الاول ، وبطل على قول الشافعي ، قال : انه لايجوز ، لان أحدهما يستحق مما بقي بعد شرطه النصف والاخر يستحق الثلثين ، ولايجوز أن يشترط التساوي ، فيكون قد شرط أحدهما على الاخر من ربح ماله بغير عمل غمله ، ولا مال يملكه .

أجاب القائلون بالقول الاول بأن الفاضل الذي أخذه الشريك من حصة العامل ، لامن حصة شريكه ، وتوضيحه أن الاصل لما اقتضى التساوي في الربح للشريكين مع التساوي في المال كان شرط التفاوت المذكور منصرفاً الى حصة العامل ، بمعنى أن شارط الزيادة يكون قد جعل للعامل أقل مما جعل له أخذ النقيصة ، وهو جائز ، ومنه علم حجة القول الاول .

أقول : ومن تعارض هذين الوجهين في المسئلة تردد المحقق في المسئلة المذكورة وهو في محله ، لعدم النص الواضح في المقام ، وان كان القول الاول لايخلو من قوة .

هذا فيما لو اشترطا التفاضل في القسمة مع اطلاق النصف الذي عيّناه للعامل بمعنى أنه لم يعيّن نصيب كل منهما من ذلك النصف الذي جعلاه له ، أما لو عيّناه بأن قالا لك نصف الربح على أن يكون بالمناصفة بيننا ، فيرجع الى أنه قد جعل له كل واحد منهما ربع الربح ، فانه بهذا التعيين يخرج المسئلة عما قلناه هنا من الخلاف ، ويرجع الكلام في ذلك الى ماتقدم في كتاب الشركة من اشتراط التفاوت في الربح مع تساوى المالين ، وبالعكس وقد تقدم البحث في ذلك في المسئلة الخامسة (١) من الفصل الاول من الكتاب والله العالم .

الحادية عشر ــ اختلف الاصحاب في مالو اشترى العامل شيئاً للقراض فتلف الثمن قبل دفعه البايع ، قال الشيخ في الخلاف : اذا دفع اليه ألفاً للقراض فاشترى به عبداً للقراض ، فهلك الالف قبل أن يدفعه في ثمنه ، اختلف الناس فيه على ثلاثة مذاهب ، قال أبو حنيفة ومحمد : يكون المبيع لرب المال ، وعليه أن يدفع اليه ألفاً غير الاول ، ليقضي به دينه ، ويكون الاول والثاني قراضاً وهما معاً رأس المال ؛ وقال مالك : رب المال بالخيار بأن يعطيه ألفاً غير الاول ليقضي به الدين ويكون الالف الثاني رأس المال دون الاول ، أو لايدفع اليه شيئاً ، فيكون المبيع للعامل ، والثمن عليه ، ونقل البزنطي عن الشافعي أن المبيع للعامل ، والثمن عليه ، ولاشيء على رب المال ، وهو اختيار أبي العباس ، قال الشيخ : وهو الذي يقوى في نفسي لانه لايخلو اما أن يكون الالف تلف قبل الشراء ، أو بعده ، فان كان تلف قبل الشراء وقع الشراء للعامل ، لانه اشتراه بعد زوال القراض ، وان كان التلف بعد الشراء فالبيع وقع لرب المال ، وعليه أن يدفع الثمن من ماله الذي سلمه اليه ، فاذا هلك المال فحول الملك الى العامل ، وكان الثمن عليه ، لان رب المال انما فسح للعامل في التصرف في ألف اما أن يشترى به بعينه ، أو في الذمة ، وينقد عنه ، ولم يدخل على أن يكون له في القراض اكثر منه .

(١) ص ١٦٣

وقال في المبسوط : اذا دفع ألفاً قراضاً فاشترى به عبداً للقراض فهلك الالف قبل أن يدفعه ، قال قوم : ان المبيع للعامل والثمن عليه ولاشيء على رب المال وقال قوم : المبيع لرب المال ، وعليه أن يدفع اليه ألفاً غير الاول ، فيقضي به دينه ، ويكون الالف الاول والثاني قراضاً وهما معا رأس المال وهو الاقوى ، وبه قال ابن البراج ، ثم نقل مذهب مالك الذى قدمنا نقله عنه في الخلاف ، ثم قال : واذا سرق المال قبل أن يدفعه في ثمن المبيع قال قوم : يكون للعامل والثمن عليه ، ولاشيء على رب المال ، وفي النـاس من قال : اذا تلف المال قبل الشراء ، فالمبيع للمشترى ، لانه اشتراه بعد زوال عقد القراض ، وان كان بعد الشراء كان الشراء للقراض ووقع الملك لرب المال ، لانه اشتراه والقراض بحاله ، لان الاذن قائم ، واذا كان الشراء له كان الثمن عليه ، واذا دفع اليه ألفاً آخر ليدفعه في الثمن ، نظرت فان سلم فلا كلام ، وان هلك فعليه غيره كذلك أبداً ، فعلى هذا اذا هلك الالف الاول ، ودفع اليه ألفاً آخر فدفعه في الثمن ، فان الالفين يكون رأس المال ، وهو الصحيح ، لان الالف تلف بعد أن قبضه العامل ، فلم يكن من أصل المال ، كما لو كان في التجارة ، انتهى .

وقال الشيخ المفيد : اذا ابتاع المضارب متاعاً لصاحب المال ، وأراد نقد الثمن ، فوجد المال قد هلك ، فنقد من عنده في المتاع كان المتاع له دون صاحب المال ، وكان الربح له والخسران عليه ، ولم يكن لصاحب المال فيه نصيب على حال .

وقال ابن ادريس : ان كان المضارب اشترى العبد بثمن في الذمة لا بعين المال فالعبد للمضارب دون رب المال ، ويجب على العامل الذى هو المضارب أن يدفع من ماله ألفاً ثمن العبد ، والبيع لا ينفسخ ، لان الاثمان اذا كانت في الذمة لا ينفسخ البيع بهلاكها ، لانها غير معينة ، وان اشترى بعين مال المضاربة انفسخ البيع ، وكان العبد ملكا لبايعه ، على ماكان دون العامل ، ودون رب مال المضاربة لان

هلاك الثمن المعيّن يوجب الفسخ ، قال : وهذا الذى اخترناه مذهب شيخنا فى مواضع كثيرة من كتب مسائل الخلاف والمبسوط ، انتهى .

أقول : والمسئلة المذكورة وان كانت خالية من النصوص على العموم والخصوص ، الا أن مقتضى قواعدهم فى هذا الباب هو التفصيل ، بأن يقال : ان كان تلف المال بعد الشراء بتفريط من العامل اما بعدم الحفظ أو بالتأخير عن الدفع فانه يكون ضامنا ، ويكون القراض باقياً ويجب عليه الدفع الى البايع ، وان لم يكن بتفريط ، فلايخلو اما أن يكون الشراء بالعين أو فى الذمة ، فان كان الشراء بالعين بطل البيع ، ووجب دفع المبيع الى بايعه كما ذكره ابن ادريس ، وان كان فى الذمة فان كان مأذوناً من المالك وقع الشراء للقراض ، ووجب على المالك دفع الثمن عوض التالف ، ويكون الجميع رأس المال فيجبر بالربح عندهم ، كما تقدم .

وان لم يكن مأذوناً من المالك بطل الشراء ان أضاف ذلك الى المالك والقراض ، وترد المبيع على بايعه ، الا أن يجيز المالك ذلك بناء على صحة العقد الفضولى ، فان أجاز المالك وجب عليه دفع الثمن ثانياً وثالثاً وهكذا ، ويكون الجميع رأس المال كما تقدم ، وان لم يضف ذلك الى المالك ولا القراض ، بل أضافه الى نفسه أو أطلق وقع الشراء للعامل ، وعليه دفع الثمن ، وعليه يحمل اطلاق كلام ابن ادريس هذا مقتضى قواعدهم فى الباب والله العالم بحقيقة الحق والصواب .

الثانية عشر ــ اذا دفع اليه مالا قراضاً وشرط عليه أن يأخذ له بضاعة : فهل يصح القراض والشرط ، أو لا يصح شىء منهما ، أو يصح القراض ويبطل الشرط ؟ أقوال : أولها ــ للعلامة فى المختلف والمحقق فى الشرايع ، وثانيها ــ أحد قولى الشيخ وبه جزم ابن البراج ، وثالثها ــ للشيخ أيضا .

قال في المبسوط : اذا دفع اليه ألفا قراضاً بالنصف على أن يأخذ منه ألفاً بضاعة بطل الشرط ، لان العامل في القراض لا يعمل عملا بغير جعل ، ولا قسط من الربح ، واذا بطل الشرط بطل القراض ، لان قسط العامل يكون مجهولا ، لان المالك انما يحصل له النصف حتى اشترط العامل له عملا بغير جعل ، فيذهب من نصيب العامل قدر ما زيد فيه لاجل البضاعة ، وهو مجهول .

ثم قال : وان قلنا أن القراض صحيح ، والشرط جائز ـ لكنه لايلزم الوفاء به ، لان البضاعة لايلزم القيام بها ـ كان قوياً ، وجزم ابن البراج بالاول .

وقال في المختلف بعد نقل ذلك : والحق صحة الشرط والعقد ، وأي منافاة بين أن يعمل العامل عملا في مال بعوض ، وفي غيره بغير عوض ، لنا وجود المقتضي وهو العقد ، وقوله (عليه السلام) (١) : « المؤمنون عند شروطهم » والمانع منتف لما بيّناه ، فيثبت القراض والشرط ، ويجب عليه القيام به ، لقوله (عليه السلام) « المؤمنون عند شروطهم » ، وقال في المسالك : وهو الاقوى . .

أقول ، وملخص حجة القول ببطلان الجميع أن وضع القراض على أن يكون للعامل في مقابلة عمله جزء من الربح ، وهذا العمل ليس في مقابله شيء فيفسد الشرط ، ويتبعه العقد ، لان قسط العامل يكون مجهولا ، لاقتضاء الشرط قسطاً من الربح ، وقد بطل ، فيبطل ما يقابله فيتجهل الحصر في النصف .

ورد بمنع منافات هذا الشرط لمقتضى العقد ، فان مقتضاه أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح ، أما غيره فلا ، فاذا تناوله دليل مجوز لزم القول بجوازه .

وأنت خبير بأن المسئلة غير خالية من الاشكال على كل من هذه الاقوال ، وتوضيح ذلك أن البضاعة لايجب القيام بها ، لان مبناها على الجواز ، والقراض

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أيضاً من العقـود الجائزة كما عرفت لايلزم الوفاء به ، فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقـده ، لان الشرط كالجزء من العقـد تابع له ، فلا يزيد عليه ، والحال أن المالك لم يعيّن للعامل هذه الحصة الا من حيث هذا الشرط ، فان وفـى به فلا بحث ، والا أشكل الامر .

ومقتضى القـواعد كما عرفت أنه لايلزم للعامل الوفاء به ، فمتى أخل به تسلط المالك على الفسخ ، ولو كان ذلك له بدون الشرط الا أن هذا سبب زائد ، فلو فسخ والحال هذه فان كان قبل ظهور ربح ، فمقتضى قواعدهم أن للعامل عليه الاجرة كما تقدم ، وان كان بعد ظهوره فهـل يكون جميع الربح للمالك نظراً الى أنه لم يبذله للعامل الا بالشرط ، وقد فات ، أو للعامل حصته المعيّنة ، نظراً الى ملكه لها بالظهور قبـل الفسخ ، والاصل بمعنى الاستصحاب يقتضي بقـائه ، ويؤيده أن المالك قد قدم على ذلك حيث اقتصر على شرط ذلك في عقد لايلزم الوفاء فيه بالشرط اشكال ، وقيل : هنا بالاول ، وفيه ما عرفت ، والله العالم .

الثالثة عشر – لاخلاف ولا اشـكال في أنه لو اشترى جارية للقراض لـم يجز له وطئها ، لانها ملك لرب المال ، ظهر فيها ربح أم لا ، غاية الامر بظهور الربح أن تكون مشتركة بـين المالك والعامل ، والجارية المشتركة لايجوز لاحد الشريكين وطئها بـدون اذن الاخر ، فان وطأها والحال كذلك فقد تقدم الكلام في تحقيق القول في ذلك بالنسبه الى الحد والمهر والولد في كتاب البيع في المسئلة الرابعة عشر من المقصد الثاني من الفصل التاسع في بيع الحيوان(١) .

وقد صرح العلامة في التذكرة هنا بأن المهر المأخوذ منه هنا يجعل في مال القراض ، قال : لانه ربما وقع خسران فيحتاج الى الجبر .

وقال في التذكرة أيضاً : أنه لايجوز للمالك أن يطأها أيضاً سواء كان هناك ربح أم لا ، لان حق العامل قـد تعلق بها ، والوطيء ينقصها ان كانت بكراً ، أو

---

(١) ج ١٩ ص ٤٧٤ .

يؤدى الى خروجها من المضاربة ، لانه ربما يؤدى الى احبالها . الى أن قال : ولو لم يكن فيها ربح لم يكن للمالك أيضاً ، لان انتفاء الربح فى المتقومات غير معلوم ، وانما يتيقن الحال بالتنضيض للمال ، اما لو تيقن عدم الربح فالاقرب أنه يجوز له الوطىء ، انتهى .

أقول : وعلى هـذا ينبغى أن يحمل قوله أولا لايجوز للمالك أن يطأها سواء كان هنا ربح أم لا ، على الربح الذى من أصل المال ، لامن الجارية جمعاً بين كلاميه ، وانما الخلاف والاشكال فيما اذا أذن له فى شراء الجارية ووطأها ، فالمشهور أنه كالاول ، لان الاذن قبل الشراء لا أثر لها فى التحليل ، سواء قلنا أن التحليل تمليك أو عقد ، فانه علىتقدير كل منهما لايحصل شيء منهما قبل الشراء ، فلا يدخل تحت الحصر فى قوله تعالى « الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم » (١) الا انه قـد روى الشيخ فى التهـذيب عن الحسن بن محمد بن سماعة عن محمد بن زيـاد عن عبدالله بن يحـيى الكاهـلى (٢) عن أبى الحسن (عليه السلام) « قال : قلت : رجل سألنى أن أسألك أن رجلا أعطاه مالا مضاربة يشترى له ما يرى من شـيء ، فقال : اشـتر جارية تكون معك ، والجارية انما هـى لصاحب المال ان كان فيها وضيعة فعليه ، وان كان فيها ربح فله ، للمضارب أن يطأها ؟ قال : نعم » .

وبهـذا الرواية أفـتى الشيخ فى النهاية ، وظاهر المحدث الكاشانى فى الوافى الميل الى ذلك ، حيث قال : وانما أجاز له وطأها لان قوله تكون معك تحليل لها ايّاه ، انتهى .

والاصحاب قد ردوها بماعرفت ، قال فىالمسالك : والقول بالجواز للشيخ فى النهاية استناداً الى رواية ضعيفة السند ، مضطربة المفهوم ، قاصرة الدلالة .

---

(١) سورة المؤمنون ــ الآيه ٦ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩١ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٣ ١٩٠ باب ١١ .

أقول : أما ضعف السند فهو غير وارد على الشيخ وأمثاله من المتقدمين الذين لا أثر لهذا الاصطلاح عندهم ، بل الاخبار كلها صحيح باصطلاحهم ، الا ما نصّوا عليه ، وقد تقدم تحقيق ذلك في المجلد الاول من الكتاب (١) .

وأما قصور الدلالة فهو مردود بأنه لاأصرح في الجواز من قوله (عليه السلام) « نعم » بعد قول السائل « أله أن يطأها » وأما اضطراب المفهوم فهو غير مفهوم ولامعلوم ، وأما مااستندوا اليه من أن الاذن قبل الشراء لاأثر له في التحليل فهو أول المسئلة ومحل البحث ، وأى مانع منع منه «قولهم : سواء قلنا أن التحليل تمليك أوعقد» مدخول بعدم الانحصار في القسمين المذكورين ، فان التحليل قسم ثالث ، ليس بتمليك ولاعقد ، وقد دلّت الاخبار على جواز النكاح به ، وان كان ظاهر كلامهم ارجاعه الى أحد القسمين المتقدمين ، الا أن ظاهر الاخبار كونه قسماً برأسه .

وبالجملة فان ردّ الخبر من غير معارض مشكل ، والركون الى هذه التعليلات العليلة وردّ الخبر بها مجازفة ظاهرة ، هذا كله فيما اذا كان الاذن قبل الشراء .

أما لوكان بعد الشراء فان الظاهر أنه لاخلاف ولا اشكال في جواز الوطيء الا أن يكون الشراء للقراض و يكون قد ظهر فيها ربح ، فانه تصير المسئلة هنا راجعة الى مسئلة تحليل أحد الشريكين لصاحبه ، وفيها خلاف واشكال سيأتي التنبيه عليه في محله ان شاء الله ، ومنشاؤه من حيث لزوم حل النكاح بسببين مختلفين ، الا أن هذا خارج عن مورد الخبر المذكور ، فان ظاهره أن الجارية للمالك خاصة ، وليست من القراض في شيء .

وكيف كان فالمسئلة لماعرفت محل توقف واشكال ، والاحتياط فيما ذكره الاصحاب والله العالم .

الرابعة عشر — اذا مات وفي يده أموال مضاربة فان علم مال أحدهم بعينه

---

(١) ج ١ ص ٢٥ .

حكم له به ، وان جهل كانوا فيه سواء ، فان جهل كونه مضاربة حكم به للورثة ، ويدل على الاولين ما رواه الشيخ في التهذيب عن السكوني (١) عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي (عليهم السلام) انه كان يقول : من يموت وعنده مال مضاربة قال : ان سماه بعينه قبل موته فقال : هذا لفلان فهو له ، وان مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء » ورواه الصدوق مرسلا ، ويدل على الثالث أصالة العدم ، والحكم باليد ، ثم انه على تقدير الثاني فالمراد باستوائهم في المال كما ذكره الاصحاب هو أن يقسم بينهم على نسبة أموالهم لا بمعنى أن يقسم بالسوية كما في أقسام غيرهم من الشركاء .

هذا اذا كانت أموالهم مجتمعة في يده على حده ، وأما ان كان المال ممتزجاً مع جملة ماله مع العلم بكونه موجوداً فالغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك ان وسعت التركة أموالهم أخذوها ، وان قصرت تحاصوا وعلى تقدير الثالث فالمراد به أن العامل كان في يده مضاربة في الجملة ، ولكن لم يعلم بقاؤها ولا تلفها ومن أجل ذلك حصل الجهل بكون المال الذي في يده مضاربة ، اذ كما يحتمل أن يكون من مال المضاربة ، يحتمل أن يكون من ماله ، فيحكم بكونه ميراثاً ، عملا بظاهر اليد ، ولكن يبقى الاشكال في أنه هل يحكم بضمانه لمال المضاربة من حيث أصالة بقائها الى ان يعلم التلف بغير تفريط ولعموم « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » (٢) أم لا ؟ لاصالة براءة الذمة ، وكون مال المضاربة أمانة غير مضمونة ، وأصالة بقائه لا يقتضي ثبوته في ذمته مع كونه أمانة اشكال ، ولعل الثاني أقوى والله العالم .

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٢ ح ٣٧ الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٦ الوسائل ج ١٣ ص ١٩١ باب ١٣ .

(٢) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ كتاب الوديعة .



Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كتاب المزارعة والمساقاة

والكلام فى هذا الكتاب يقع فى مطلبين : **الاول - فى المزارعة** ، وهى مفاعلة من الزرع ، ومقتضى الصيغة الوقوع منهما معاً كما هو قضية باب المفاعله ولعله هنا باعتبار أن أحدهما زارع ، والاخر آمر به ، فكانه لذلك فاعل من حيث السببية ، كما قيل : مثله فى باب المضاربة ، وهنا فوائد يحسن التنبيه عليها قبل الشروع فى المقصود .

الاولى - وقد ذكر جملة من الاصحاب أن المزارعة قد يعبر عنها بالمخابرة اما من الخبير ، وهو الاكار ، أو من الخبارة وهى الارض الرخوة ، أو مأخوذ من معاملة النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) أهل خيبر حيث جعلها فى أيديهم على النصف من حاصلها ، فقيل : خابرهم أى عاملهم فى خيبر .

قال الصدوق فى كتاب معانى الاخبار (١) بعد أن روى مرفوعاً عن النبى (صلى الله عليه واله وسلم) أنه نهى عن المخابرة وهى المزارعة بالنصف والثلث والربع وأقل من ذلك وأكثر وهو الخبر وكان أبو عبيد يقول : لهذا سمى الاكار

(١) معانى الاخبار ص ٢٧٨ ط طهران ١٣٧٩ .

الخبير ، لانه يخبر الارض والمخابرة المؤاكره ، والخبرة بالفعل والخبير الرجل ، ولهذا سمي الاكار لانه يواكر الارض أى يشقها ، انتهى .

قال بعض أصحابنا : وما روى أنه (عليه السلام) نهى عن المخابرة ، كان ذلك حين تنازعوا فنهاهم عنها .

أقول : الظاهر أنه اشار الى هذا الخبر فاني لم أقف في اخبارنا على مايدل على النهى عنها ، بل الاخبار كما سيأتيك انشاء الله تعالى ظاهرة في مشروعيتها وصحتها ، ولم ينقل الخلاف في ذلك عن أحد من أصحابنا ، ولا من العامة الا عن أبي حنيفة والشافعي في بعض المواضع ، وأيضاً فان الظاهر ان هذا الخبر الذى نقله الصدوق هنا انما هو من طريق العامة ، حيث أنه رواه عن محمد بن هارون عن على بن عبدالعزيز عن أبي عبيد(١) رفعه الى النبى (صلى الله عليه واله وسلم) أنه نهى الخبر والله العالم .

الثانية ــ قد عرفوا المزارعة بأنها معاملة على الارض بحصة من حاصلها ، والصيغة فيها زارعتك أو ازرع هذه الارض أو سلمتها اليك ونحو ذلك مما يفيد هذا المعنى مدة كذا بحصة معلومة من حاصلها ، والظاهر أنه لاخلاف بينهم في كونها من العقود اللازمة التى لاتنفسخ الا بالتقايل فلابد فيها من الايجاب والقبول الدالين على الرضا بالتسليم وفي المسالك «أنه لابد من كونهما بالعربية والماضوية ، فلاتصح بلفظ الامر وأن الاقوى اعتبار القبول اللفظي كغيره من العقود اللازمة ، وفي الجميع نظر قد تقدم في كتاب البيع ، وتقدم من هذا القائل ثمة ما يوهن ماذكره في هذا المقام وأمثاله ، و يدل على وقوعها ، و كذا وقوع المساقاة بلفظ الامر الذى منع منه هنا جملة من الاخبار .

ومنها مارواه في الكافي عن يعقوب بن شعيب (٢) في الصحيح عن أبي عبدالله

---

(١) معاني الاخبار ص٢٧٨ ط طهران سنة١٣٧٩ ، الوسائل ج١٢ ص٢٦٦ ح١٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ . الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

(عليه السلام) في حديث « قال : سألته عن رجل يعطي الرجل أرضه وفيها رمان أو نخل أو فاكهة ، ويقول : اسق هذا من الماء ، واعمره ولك نصف ماخرج قال . لابأس » .

وبذلك يظهر لك ما في قوله في المسالك ، وأما قوله ازرع هذه الارض بصيغة الامر فان مثل ذلك لايجيزونه في نظائره من العقود ، ولكن المصنّف (رحمة الله عليه) اجازه هنا استناداً الى روايتي أبي الربيع الشامي والنضر بن سويد عن أبي عبدالله (عليه السلام) وهما قاصرتان عن الدلالة ، فالاقتصار على لفظ الماضي اقوى .

أقول : أما رواية أبي الربيع (١) التي أشار اليها وهي مارواه الشيخ عنه عن ابي عبدالله (عليه السلام) « انه سئل عن رجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر فقال : لاينبغي أن يسمي بذراً ولابقراً ، ولكن يقول لصاحب الارض ازرع في أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أو ثلث أو ماكان من شرط » ولا يسمي بذراً ولا بقراً الحديث .

وأما رواية النضر فالظاهر أن نسبتها الى النضر سهو من قلمه (رحمة الله عليه) وانما هي رواية عبدالله بن سنان (٢) وان كان الراوي عنه النضر كما هو في التهذيب فانا لم نقف على روايتي النضر بما قاله ، فان سندها في التهذيب الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد عن عبدالله بن سنان « انه قال : في الرجل يزارع أرض غيره فيقول : ثلث للبقر ، وثلث للبذر ، وثلث للارض قال : لايسمي شيئاً من الحب والبقر ، ولكن يقول : ازرع ولي فيها كذا وكذا ان شئت نصفا ، وان شئت ثلثا » .

(١) و (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٤ ح ٣ و ص ١٩٧ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠١ ح ١٠ و ص ٢٠٠ ح ٥ .

وأشار بقصورهما عن الدلالة الى احتمال كون أزرع بلفظ المستقبل ، بل هو الظاهر من الرواية الاولى .

وفيه أولا انه وان كان بلفظ المستقبل الا أن فيه رداً عليه فيما ادعاه من الانحصار في لفظ الماضي ، وثانياً ماعرفت من الصحيحة المتقدمة الصريحة في وقوع المساقاة والمزارعة بلفظ الامر ، ثم انه قال : أيضا وفي عبارة المصنّف تجوز ، لانه قال : وعبارتها كذا ولم يذكر القبول ، مع أنه أحد ركني العبارة عنها ، فلابد من ذكره ، ولعله أشار بما ذكر الى الاكتفاء بالقبول الفعلي كما اختاره العلامة في القواعد ، فتنحصر العبارة في الايجاب ، والاقوى اعتبار القبول اللفظي كغيره من العقود اللازمة .

أقول : فيه ان المفهوم من الاخبار كصحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة ، وجملة من الاخبار التي قدمناها في كتاب البيع أن المدار في القبول على حصول الرضا بما دل عليه الايجاب ، وان لم يكن بلفظ ، وكذا في جانب الايجاب الا ان الاظهر اشتراط اللفظ في جانب الايجاب ، وان كان بعض متأخري المحدثين ، قد اكتفى أيضاً بمجرد الرضا ، وما ذكره في الصحيحة المذكورة هو صورة عقد المساقاة ، وهو خال من ذكر لفظ القبول ، كما ادعاه .

وكذلك جملة من العقود التي وردت بها الاخبار كما لا يخفى على من راجع الروايات التي قدمناها في كتاب البيع ، وبه يظهر ضعف ما ادعاه من أن الاقوى اعتبار القبول اللفظي ، فانه ــ مع كونه لادليل عليه ــ مردود بظهور الدليل على خلافه كما عرفت .

الثالثة ــ المفهوم من كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك أنه لابد من كون الارض ملكا لاحدهما عيناً أو منفعة ، لانه المستفاد من حقيقة المزارعة وصيغتها ، فلا تشرع المزارعة في الارض الخراجية الا باستعمال حيلة من الحيل الشرعية .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ثم ذكر جملة من الحيل في ذلك ، ومنها جعل البذر منهما قال (رحمة الله عليه) فلو اتفق اثنان على المعاملة في مثل ذلك في الارض الخراجية فطريق الصحة الاشتراك في البذر ، بحيث يمتزج على الوجه المقرر في باب الشركة ، ويجعلان باقي الاعمال بينهما على نسبة المال ، ولو اتفقا على زيادة عمل من أحدهما نوى به التبرع ، فلا رجوع له بالزائد ، ولو أرادا جعل الحاصل مختلفا مع التساوي في البذر أو بالعكس ، بنى على ما تقرر في الشركة من جواز ذلك ، وقد عرفت أن المختار جواز الزيادة في القدر للعامل ، أو من له زيادة في العمل ، فليلحظ ذلك أو غيره من الحيل الشرعية على توسيع هذه المعاملة ، لانها متداولة في كثير من البلاد التي أرضها غير مملوكة ، فيحتاج فيها الى وجه مجوز ويمكن فرضه بأمور ، ثم عدّ جملة من الحيل في ذلك .

وأنت خبير بأن غاية ما يفهم من حقيقة المزارعة وصيغتها وتعريفها هو أولوية أحدهما بمنفعة تلك الارض ، أعم من أن يكون بالملك المطلق لرقبة الارض ، ومنفعتها بالاجارة ، أو الاولوية الحاصلة في الارض الخراجية أو المباحة بالتحجير أو الاحياء ، وان لم نقل بحصول الملك به .

وبالجملة فما يدل على كون المنفعة له بأي نحو كان ، ويدل على ذلك الاخبار الواردة في مزارعة أرض الخراج من غير اشتراط شيء مما ذكره .

ومنها صحيحة يعقوب ابن شعيب (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : سألته عن الرجل يكون له الارض من أرض الخراج فيدفعها الى رجل على أن يعمرها ، ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما ، قال : لا بأس » .

وصحيحة الحلبي (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) في حديث « أنه سئل عن مزارعة أهل الخراج بالربع والنصف والثلث ؟ قال : لا بأس به » الحديث .

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٢ و ص ٢٠١ ح ٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢ و ص ٢٠٠ ح ٨ .

على أنه قد صـرح هو وغيره بل الظاهر انه لا خلاف فيه ، الا من بعض متأخرى المتأخرين كما تقـدم ذكره بأنه يجـوز بيع الارض الخراجية تبعاً للاثار ، ومتى جاز البيع جازت المزارعة بطريق أولى ، وبذلك يظهر أن اطلاقه المنـع من المزارعة فى الارض الخراجية بناء على أنها ملك للمسلمين قاطبة ، وان هـذا الزارع لا يملكها ، ومن شـرط المزارعة الملك لاحدهما كما ذكره غير جيد .

فان قيل : ــ انه بعد حصـول الاثار فيها كما يجوز بيعها يجـوز المزارعة أيضاً ، والمدعى أنما هو قبل حصول الاثار فيها ــ قلنا : هذه الاثار التـى يترتـب عليها جواز البيـع انما حصلت بعد الفتـح ، وثبـوت كونها خراجية ، فالمجوز لهذه الاثار مجوز للمزارعة عليها ، وهو ظاهر .

الرابعة ــ قد عرفت أن عقد المزارعة عندهم من العقود اللازمة التى لا تبطل الا بالتقائـل ، أما كونه من العقود اللازمة فلانه مقتضـى الأصل ، اذ الأصل لزوم العقـد الا ما خرج بدليـل ، وللخبر المشهور « المؤمنون عنـد شروطهم » (١) وآية « أوفوا بالعقود » (٢) ونحو ذلك من الأدلة العامة .

وأما كونه لا يبطل الا بالتقايل ، فالمراد به بالنظر الى اختيار المتعاقدين يعنى ليس كالعقود الجائـزة التى لكل من المتعا قديـن فسخها ، والا فانه يبطـل أيضا بغـير التقائـل كانقطاع الماء عن الارض ، وفساد منفعة الارض ، فالحصر فى التقائل ليس حصراً حقيقيا ، وانما هو بالاضافة الى المتعاقدين .

والظاهر أن المستند فى بطلانه بالتقائـل هو الاجماع ، ولا يبطل بالبيع ولا بموت أحد المتعا قدين : لعدم المنافات بين البيـع أو الموت وبين بقاء المزارعة كما سيأتى مثله فى الاجارة على الاظهر ، وان كان فيه ثمة قول بالبطلان بالموت .

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .
(٢) سورة المائدة ــ الاية ١ .

أما هنا فالظاهر أنه لاخلاف في عدم البطلان بالموت ، عملا بلزومه وأصالة بقائه ودوامه ، وليس الاستصحاب هنا من قبيل الاستصحاب المختلف في حجيته ، لان مرجع هذا الاستصحاب الى عموم الدليل حتى يقوم وجود الرافع كما في البيع ونحوه ، ثم انه ان كان الميت العامل قام مقامه ورثته ، في العمل ، والارفع الامر الى الحاكم فيستأجر الحاكم من يقوم بالعمل من مال الميت أو من حصته من الغلة ، وان كان الميت المالك بقي العامل على عمله ، وعليه القيام بتمام العمل ، وربما استثنى من الاول ما لو شرط عليه المالك العمل بنفسه ، فانها تبطل بموته ، كما قيل مثله في الاجارة ، وهو متجه لو كان الموت قبل ظهور الحاصل ، أما بعد ظهوره فيشكل ذلك ، فانه قد ملك الحصة ، وان وجب عليه بقية العمل ، والحكم بخروجها عن ملكه بالموت ـ بعد دخولها كما عرفت ـ الظاهر بعده .

الخامسة ـ قال الشيخ في النهاية : لابأس بالمزارعة بالثلث والربع أو أقل أو أكثر ، ويكره أن يزارع بالحنطة والشعير والتمر والزبيب ، وليس ذلك بمحظور ، فان زارع بشيء من ذلك فليجعله من غير مايخرج من تلك الارض مما يزرعه في المستقبل ، بل يجعل ذلك في ذمة الزارع .

قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه : قوله ويكره أن يزارع بالحنطة والشعير : ان قصد بذلك المزارعة فهو ممنوع وان قصد الاجارة فهو حق ، ثم نقل عن الشيخ المفيد أنه قال : المزارعة بالربع والثلث والنصف جايزة ، كما يجوز بالذهب والفضة ، ثم اعترضه فقال : وهذه العبارة أشكل من الاولى ، لانه ان قصد بالمزارعة الاجارة لم تصح بالحصة ، وان قصد المزارعة لم تصح بالذهب والفضة ، والظاهر أن قصده بالاول المزارعة ، وبالثاني الاجارة انتهى .

أقول : والوجه في ذلك ظاهر مما تقدم في تعريف المزارعة من أنها بحصة من الحاصل من ثلث أو نصف أو نحوهما ، فلايجوز بالدراهم والدنانير ، ولاغيرهما من العروض الخارجة عن الحاصل ، والاجارة انما تكون بالدراهم والدنانير

والعروض المعينة ، لابالحصة من الحاصل من ربع أو ثلث أونحو ذلك ، وهاتان العبارتان مضطربتان في ذلك كما عرفت ، الا أنه قدوقع مثل ذلك في بعض الاخبار أيضا كما في رواية أبي بصير (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : لاتستأجر الارض بالتمر ولا بالحنطة ولا بالشعير ولا بالاربعاء ولا بالنطاف ، قلت : وما الاربعاء قال الشرب والنطاف فضل الماء ، ولكن تقبلها بالذهب والفضة ، والنصف والثلث والربع ».

فان هذه القبالة ان حملت على المزارعة لم تجز بالذهب ولا بالفضة ، وان حملت على الاجارة لم تجز بالنصف والثلث والربع ، واحتمال ما ذكره العلامة (رحمة الله عليه) في عبارة الشيخ المفيد بعيد في العبارة المذكورة ، وفي الخبر المذكور ، ولايحضرني الان وجه في المخرج عن ذلك ، الا أنه يمكن أن يقال : ان القبالة أعم من المزارعة والاجارة ، فيطلق على كل منهما ، وحينئذ فيكون المعنى في الخبر ولكن تقبلها بالذهب والفضة يعني استأجرها ، وبالنصف والثلث والربع يعني زارع عليها ، هذا أقصى مايمكن أن يقال والله العالم .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن البحث في هذا المطلب يقع في مقامين : أحدهما في الشروط وهي ثلاثة :

الاول ـ أن يكون النماء مشاعاً بينهما تساويا فيه أوتفاضلا ، والظاهر أن دليله الاجماع ، وهو ظاهر الاخبار أيضاً مثل قوله (عليه السلام) في حسنة الحلبي (٢) « لاتقبل الارض بحنطة مسماة ، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لابأس به » وقال : لابأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس ، وقوله (عليه السلام) في صحيحة الحلبي (٣) أيضاً أوحسنته « لابأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس » ،

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ٨ ، الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٦ .
(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٧ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٩ ح ٣ .
(٣) التهذيب ج ٧ ص ١٩٤ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٠ ح ٧ .

وقوله (عليه السلام) في صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة ، ولكن « تقول ازرع فيها كذا وكذا ان شئت نصفاً وان شئت ثلثا » ونحوها رواية أبي الربيع المتقدمة أيضا إلى غير ذلك من الاخبار .

وبالجملة فالذي دلت عليه الاخبار في المقام هو الاشاعة في الحصة فتقف الصحة في ماعداه على الدليل ، وليس فليس وعلى هذا فلو شرطه أحدهما لم يصح ، وكذا لواختص أحدهما بنوع من الزرع دون صاحبه ، كما لوشرط أحد هما ما حصل أولافهوله ، ويسمى ذلك الهرف ، والاخر ما يحصل أخيرا ويسمى الافل .

قال في المسالك (الهرف) : ساكن الوسط ، المتقدم من الزرع والثمر يقال : أهرفت النخلة : أي عجلت أتاء ها قاله الجوهري (١) : والافل بالتسكين أيضاً خلاف الهرف ، وهو المتأخرعنه انتهى .

أقول : قد تتبعت ما حضرني من كتب اللغة كالقاموس والمصباح المنيرفلم أظفرفي شيء منهما بهذا المعنى لهذين اللفظين ، واحتمل التحريف في اللفظين المذكورين بأن يكونا على غير ما كتبناه ممكن ، الا أنّا تتبعنا أيضا جملة من الالفاظ التي ربما وقع التحريف عنها فلم أظفر بذلك .

وكيف كان فالنقل المذكور لاشك فيه ، وانما الشك في تعيين المادة في كل من اللفظين وضبطها ، فليراجع ذلك ، ووجه البطلان في الاشتراط المذكور في الصورتين المذكورتين هو ماعرفت من خروج ذلك عن وضع المزارعة الذي دلت عليه الاخبار ، ومثلها أيضاً ما لو شرط أحدهما مايزرع على الجداول ، والاخر مازرع على غيرها ، لمنافات جميع ذلك الاشاعة التي دلت عليه الاخبار وقام عليها الاجماع .

---

(١) الصحاح ج ٤ ص ١٤٤٢ وفي اقرب الموارد هرفت النخلة : تهريفاً عجلت اتاءها أي : ثمرتها و أهرفت النخلة : عجلت اتاءها مثل هرفت .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

نعم وقع الخلاف هنا في موضعين ، أحدهما لو شرط أحدهما قدراً من الحاصل والزائد عليه يكون مشتركا بينهما ، فالظاهر ـ و به صرح جملة من الاصحاب أيضا ـ أنه لا يصح ، لجواز أن لا يزيد شيء ، ولان ظاهر الاخبار المتقدمة هو الاشتراك في جميع مايحصل من النماء الا ماخرج بالشرط ، ولا فرق بين ذلك من كون القدر المشروط هو البذر و غيره ، ولا بين كون الغالب على تلك الارض أن يخرج منها مايزيد على الشروط عادة أم لا ، لاشتراك الجميع في الخروج عن قاعدة المزارعة ، مضافاً الى حصول الجهل في العوض الموجب لكون العقد على خلاف الاصل فيبطل حينئذ ، ونقل عن الشيخ في النهاية وجماعة جواز استثناء البذر من جملة الحاصل ، وفي المختلف جواز استثناء شيء من الحاصل مطلقا ، والاشهر الاظهر الاول .

وثانيهما ـ لو شرط أحدهما شيئاً يضمنه كعمل بعمله مضافاً الى الحصة ، فقيل : أيضاً بالصحة ، وهو المشهور لعموم مادلّ على وجوب الوفاء بالشروط ، مع عدم منافاته لمقتضى العقد ، لخروجه عن النماء الذى اقتضى العقد ، اشاعته كما عرفت ، وقيل : بالبطلان وهذا القول نقله المحقق في الشرايع ، الا أنه في المسالك قال : لا نعلم القائل به ، واستدل في الكفاية للقول المشهور زيادة على ما ذكر من العمومات برواية محمد بن سهل عن أبيه عن أبي الحسن موسى (عليه السلام) .

والظاهر أنه اراد بها ما رواه المشايخ الثلاثة عن الراوى (۱) المذكور « قال: سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام) عن رجل يزرع له الحراث الزعفران ، ويضمن له أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا و كذا درهماً ، فربما نقص وغرم ، وربما زاد و استفضل قال : لابأس به اذا تراضيا » أقول :

(۱) الكافي ج ٥ ص۲٦٦ ح۹ ، التهذيب ج ۷ ص ۱۹٦ ح ۱٥ ، الوسائل ج ۱۳ ص ۲۰٦ ح ۱ .

وما ذكره وان احتمل باعتبار أحد الاحتمالين في الرواية الا انه غير متعين .

وتوضيح ذلك أن قوله (عليه السلام) « وزن كذا » الظاهر أنه مفعول « يعطيه » ويكون المعنى أنه يعطيه من الزعفران وزن كذا وكذا درهماً ، ويحتمل أن يكون « وكذا » الثانية معطوفاً على الوزن ، لا على كذا ، ويكون المعنى ويعطيه وزن كذا من الزعفران ، ويعطيه كذا درهماً ، فيكون الدراهم ضميمة الى الزعفران ، وعلى هذا المعنى الثاني مبنى الاستدلال بالخبر المذكور .

وأنت خبير بأن الظاهر انما هو المعنى الاول فانه هو المتبادر من هذه العبارة حيثما تذكر .

قال في المسالك : وعلى القول بالجواز يكون قراره مشروطاً بالسلامة كاستثناء أرطال معلومة من الثمرة في البيع ، ولو تلف البعض سقط منه بحسابه لانه كالشريك ، وان كانت حصته معينة ، مع احتمال أن لا يسقط منه شيء بتلف البعض متى بقي قدر نصيبه ، عملا باطلاق الشرط ، انتهى .

الحاق :

قد اختلف الاصحاب في اجارة الارض للزراعة بالحنطة والشعير ، اذا كان الزرع حنطة أو شعيراً ، وأن يوآجرها بأكثر مما استأجرها ، وحق هذه المسئلة انما هو كتاب الاجارة ، الا أن الاصحاب حيث ذكروها في هذا المقام جرينا على حذوهم .

وكيف كان فمحل الخلاف والبحث هنا في مواضع ثلاثة :

الاول ـ هل يجوز أن يستأجر الارض بالحنطة ، ويزرعها حنطة أم لا ؟ المشهور الاول على كراهة ، وقال ابن البراج : لا يجوز على كيل معين من جنس ما زرع الارض ، مثل أن يستأجر بحنطة و يزرع فيها حنطة ، احتج الاصحاب بالاصل ، وعموم الادلة الواردة في الاجارة بنقد كان أو عرض وافق مازرع فيها أم لم يوافق .

احتج ابن البراج بصحيحة الحلبي(١) عن أبي‌عبدالله (عليه‌السلام) « قال : لاتستأجر الارض بالحنطة ، ثم تزرعها حنطة .

أجاب الاصحاب عنها بالحمل على ما اذا اشترط ذلك من‌حاصل‌تلك‌الارض أما لو أطلق أو اشترط من غيره فلابأس ، واستندوا في ذلك الى رواية الفضيل بن يسار (٢) « قال سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن اجارة الارض بالطعام قال : ان كان من طعامها فلاخير فيه » وفي‌رواية أبي بردة (٣) « قال : سألت اباعبدالله (عليه السلام) عن اجارة الأرض المحدودة بالدراهم‌المعلومة ؟ قال : لابأس ، قال : وسألته عن اجارتها بالطعام ؟ فقال : ان‌كان من طعامها ، فلاخير فيه » وظاهر شيخنا الشهيدالثاني في‌المسالك المناقشة في‌ذلك ، والميل الى‌ماذكره ابن البراج هنا ، قال بعدايراد صحيحةالحلبي حجة لابن البراج ، والنهي حقيقة في‌التحريم ، وأجيب بحمله على‌اشتراطه مما يخرج منها ، لدلالة رواية الفضيل عليه ، وبحمل النهي على‌الكراهة ، وفيه نظر لان النهي مطلق ، ولا منافات بينه وبين تحريم شرطه من طعامها ، حتى‌يجمع بينهما بحمله عليه ، والتحقيق أن المطلق‌والمقيد متى كانا منفيين لايلزم الجمع بينهما ، بل يحمل المطلق في اطلاقه ، بخلاف المثبتين ، وبملاحظته يتخرج فساد كثير مما قرروه في‌هذا الباب ، وقد مضى مثله في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ، مع ورود نص آخر بتحريم بيع المكيل والموزون كذلك ، حيث جمع الاكثر بينهما بحمل المطلق على‌المقيد ، وليس بشيء الى أن قال : وقول ابن البراج بالمنع لايخلو من قوة ، نظراً الى الرواية الصحيحة ، الا أن‌المشهور خلاف قوله ، انتهى .

أقول : لاريب أن‌مفهوم روايتي‌الفضيل وأبي بردة أنه اذاكان اجارة الارض

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ٩ ، الوسائل ج١٣ ص ٢٠٩ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ١٠ ، الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٦ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ٦٣ وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٥ و ٩

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بغير طعامها ، ففيه خير ، يعني جائز وصحيح ، وهو ظاهر في جواز اجارة الارض بالحنطة ، وان زرعت حنطة اذا لم يشترط منها ، وهذا المفهوم مفهوم شرط ، وهو حجة عند المحققين ، وعليه دلت الاخبار أيضا كما حققناه في مقدمات الكتاب من مجلد كتاب الطهارة (١) ومخالفته لظاهر ما دلت عليه صحيحة الحلبي واضحة ، وحينئذ فلابد من الجمع ، وليس الا ماذكره الاصحاب أولا أو حمل النهي على الكراهة ، والثاني منهما قد عرفت مافيه في غير موضع مما تقدم ، فلم يبق الا الاول .

ويعضد الروايتين المذكورتين حسنة الوشا (٢) « قال : سألت الرضا (عليه السلام) عن الرجل اشترى من رجل أرضاً جرباناً معلومة بمأة كر على أن يعطيه من الارض ، قال : حرام ، فقلت له : فما تقول جعلني الله فداك أن اشترى منه الارض بكيل معلوم وحنطة من غيرها ؟ قال : لا بأس » ، على أنه يمكن حمل حسنة الحلبي التي استند اليها ابن البراج على المزارعة ، حسب مادلت حسنة المتقدمة في صدر الكلام في الشرط المتقدم ، ويكون حاصل المعنى فيهما معاً واحد ، وهو أنه لا يزارع بالحنطة المسماة بينهما ، وانما يزارع بالحصة الشايعة من النصف أو الثلث أو نحوهما ، وان عبّر في هذه بلفظ الاجارة كما عبّر في الاولى بلفظ القبالة وباب التجوز أوسع من ذلك .

ومما يعضد ما ذكرناه من حمل الاجارة على المزارعة وأن المراد بها ذلك تجوزاً ما رواه الشيخ في الصحيح عن أبي المغرا (٣) « قال : سأل يعقوب الاحمر أبا عبدالله (عليه السلام) وأنا حاضر فقال : أصلحك الله انه كان لي أخ فهلك فترك في حجري يتيماً ولي أخ يلي ضيعة لنا وهو يبيع العصير ممن يصنعه خمراً ، ويؤآجر الارض بالطعام : وأما ما يصيبني فقد تنزهت ، فكيف أصنع

---

(١) ج ١ ص ٥٥ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ١١ ، الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٨ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ١٩٦ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٧ ، ص ٢٣ ح ٢

بنصيب اليتيم فقال : أما اجارة الارض بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه الا أن يوآجرها بالربع والثلث والنصف ، وأما بيع العصير مما يجعله خمراً فليس به بأس خذ نصيب اليتيم منه » .

فان الاجارة في الخبر لايصح حملها على المعنى المعهود من هذا اللفظ فانها لا تصح بالحصة من الحاصل ، وانما تصح بأجرة معلومة ، وبهذا عرّفوا المزارعة كما تقدم بأنها معاملة على الارض بحصة من الحاصل ، قالوا : والمعاملة تشمل الاجارة والمساقات ولكن خرجت الاجارة بقيد الحصة من الحاصل ، لانها انما تصح بأجره معلومة ، وخرجت المساقات بالارض ، فانها معاملة على الاصول بحصة من حاصلها ؛ وحينئذ فلا اشكال في حمل حسنة الحلبي على المزارعة ، كما ذكرنا بقرينة الروايتين المذكورتين كما عرفت .

بقي في المقام مارواه الصدوق (رحمة الله عليه) في العلل عن اسماعيل بن مرار(١) « عن أبي جعفر وأبي عبدالله (عليهما السلام) أنهما سئلا ما العلة التي من أجلها لايجوز أن تواجر الارض بالطعام ، وتواجرها بالذهب والفضة ؟ قال : العلة في ذلك ان الذي يخرج منها حنطة وشعير ، ولا يجوز اجارة حنطة بحنطة ، ولا شعير بشعير » .

وهذا الخبر وان كان ظاهره ممايؤيد ماذكره ابن البراج لاطلاقه الاأنه يجب تقييده بما عرفت من خبري الفضيل وأبي بردة ، لدلالتهما كما تقدم على الجواز ، بما اذا لم يكن من الارض .

ويؤيد ذلك ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي بصير (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : لاتوآجر الارض بالحنطة ولا بالشعير ولا بالتمر ولا بالاربعاء

---

(١) العلل ص ٥١٨ باب ٢٩١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١١ ح ١١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٤ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٦ .

ولا بالنطاف ولكن بالذهب والفضة ، لان الذهب والفضة مضمون ، وهذا ليس بمضمون » .

والتقريب فيهما أن عدم المضمونية في الحنطة و الشعير هنا انما يتجه فيما اذاكان مال الاجارة من حاصل تلك الارض ، فانه يجوز أن لايخرج منها شيء ، بخلاف الذهب و الفضة الثابتين في الذمة بمجرد العقد ، والحنطة والشعير الخارجان عن الحاصل في حكم الذهب والفضة في صحة المضمونية أيضا ، فلاوجه لادخالهما فيما لايكون مضموناً والله العالم ، وبالجملة فالاقرب هو القول المشهور ، لماعرفت والله العالم .

الثاني ــ هل يجوز أن يستأجر الارض بحنطة منها أم لا ؟ ظاهر المشهور التحريم ، استناداً الى روايتي الفضيل وأبي بردة المتقدمتين ، بل لا أعلم قائلا بخلافه صريحا .

وقال في الشرايع : ويكره اجارة أرض للزراعة بالحنطة و الشعير مما يخرج منها والمنع أشبه ، ووجه القول بالجواز وان كان على كراهة عدم صراحة الروايتين في التحريم ، لان غاية ما يدلان عليه ، انه لا خير فيه ، وهو انما يشعر بالكراهة ، وعلل القول بالمنع أيضا بأن خروج ذلك القدر منها غير معلوم ، فربما لا يخرج منها شيء أو يخرج بغير ذلك الوصف ، و من ثم لم يجز السلم في حنطة من قراح معين لذلك . وأجيب بأنه على اطلاقه ممنوع ، اذ ربما كانت الارض واسعة لاتحبس بذلك القدر عادة فلايتم اطلاق المنع .

أقول : الظاهر هو القول المشهور ، أما على القول بالتحريم في المسئلة المتقدمة كما نقل عن ابن البراج فظاهر ، وأما على القول بالجواز ثمة فلظاهر الخبرين المذكورين المؤيد بحسنة الوشا المتقدمة الصريحة في التحريم اذاكان من حاصلها ومورودها ، وان كان البيع ومانحن فيه انما هو الاجارة ، الا أن الظاهر أن الوجه الجامع الذي أوجب البطلان في الكل من حيث عدم صحة المعاوضة بما كان من الحاصل في بيع كان او

اجارة لخروج ذلك عن الشروط المعتبرة فى ثمن المبيع ومال الاجارة من معلومية حصوله وكميته عدداً او كيلا اووزنا وقد عرفت ان ما كان من الارض غير مضمون، ولا ثابت فى الذمة ولا هومعلوم الحصول كما عرفت وحينئذ فلا يجوز الاجارة به ولا البيع.

الثالث : لاخلاف بين الأصحاب في جواز اجارة الأرض وغيرها من الأعيان المستأجرة بأقل مما استأجرها به وبالمساوى وان لم يحدث فيها شيئاً، وكذا بأكثر مما استأجرها به اذا كان قد أحدث فيها عملا.

وانما الخلاف فيما لو استأجرها بالاكثر ولم يحدث فيها شيئا، فقيل: بالتحريم، وقيل: بالجواز على كراهة، وبالاول قال الشيخان، وهو ظاهر المرتضى واختيار سلار وابن الجنيد، وبه قال الصدوق فى المقنع وأبو الصلاح وابن البراج في المهذب، وهو ظاهر العلامة في الارشاد، والظاهر أنه المشهور بين المتقدمين، و بالثانى قال: ابن ادريس والعلامة فى المختلف والمحقق، ونقله العلامة فى المختلف عن والده واليه ذهب سلار فى موضع آخر وابن البراج فى الكامل، والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين ومنشأ الخلاف اختلاف الاخبار فى المسئلة المذكورة، ولابأس بنقلها أولا ثم الكلام فيها بما وفق الله عز وجل لفهمه منها.

فمنها مارواه المشايخ الثلاثة (رحمهم الله) عن أبى الربيع الشامى (١) عن أبى عبدالله (عليه السلام) « قال: سألته عن الرجل يتقبل الارض من الدهاقين فيؤاجرها باكثر مما يتقبلها، ويقوم فيها بحظ السلطان؟ قال: لابأس به، أن الارض ليست مثل الاجير، ولامثل البيت ان فضل الاجير والبيت حرام ».

ومنها مارواه فى التهذيب والكافى فى الصحيح أو الحسن عن أبى المغرا (٢) عن أبى عبدالله (عليه السلام) « فى الرجل يستأجر الارض ثم يؤاجرها بأكثر

(١) الكافى ج ٥ ص ٢٧١ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٣ ح ٤٠، الفقيه ج ٣ ص ١٥٧ ح ١١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٩ ح ٢ و ٣.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٣ ح ٤١ و ص ٢٠٢ ح ٣٩، الكافى ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٣ و ٥، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٠ ح ٤ و ٥.

مما استأجرها ، قال : لا بأس ان هذا ليس كالحانوت ، ولا كالاجير ، فان فضل الحانوت والاجير حرام » .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن ابراهيم بن ميمون (١) « ان ابراهيم بن المثنى سأل أبا عبدالله (عليه السلام) وهو يسمع عن الارض يستأجرها الرجل ثم يؤاجرها بأكثر من ذلك ، قال : ليس به بأس ان الارض ليست بمنزلة البيت والاجير ، ان فضل البيت حرام وان فضل الاجير حرام» .

وهذه الروايات الثلاثة هي حجة المتأخرين على القول بالجواز ، الا أن ذلك انما هو في الارض خاصة ، لانها صريحة في التحريم بالنسبة الى الاجير ، والبيت ، والحانوت ، و المدعى أعم من ذلك كما عرفت في فرض المسئلة ، فلا تكون وافية بتمام المطلوب .

وينبغي أن يعلم أن تحريم الفضل بالنسبة الى هذه الثلاثة ليس على الاطلاق بل مخصوص بما اذا لم يعمل في ذلك عملا قبل أن يؤجره ، لما رواه في الكافي والتهذيب عن الحلبي (٢) في الصحيح أو الحسن « عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : لو أن رجلا استأجر داراً بعشرة دراهم ، فسكن «ثلثيها» وآجر ثلثها بعشرة لم تكن به بأس ، ولايؤاجرها بأكثر مما استأجرها به الاأن يحدث فيها شيئا » .

ورواه في الفقيه عن ابي الربيع (٣) « قال : سئل أبو عبدالله (عليه السلام) لوأن رجلا » الحديث .

وعن الحلبي (٤) أيضا في الصحيح أوالحسن « عن أبي عبدالله (عليه السلام)

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٣ ح ٤١ و ص ٢٠٢ ح ٣٩ ، الكافي ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٣ و ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٠ ح ٤ و ٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ١ ولكن بدل « ثلثيها و ثلثها » « بيتا منها » ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٣ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٥٧ ذيل حديث ١١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٩ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٤ .

في الرجل يستأجر الدار ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها قال : لايصلح ذلك الا أن يحدث فيها شيئا » .

اقول : وعلى هذا فيكون الفرق في الروايات الثلاثة المتقدمة بين الارض و الثلاثة المعدودة فيها هو أنه يجوز اجارة الارض بالاكثر ، أحدث فيها شيئا أم لم يحدث ، وفي الثلاثة المذكورة لاتجوز الامع احداث شيء فيها .

وبه يظهر ما في الجمع بين هذه الاخبار وبين ما سيأتي مما يدل على التحريم مع احداث شيء فيها ، بتقييد اطلاق هذه الاخبار بتلك من الاشكال ومنها مارواه في الكافي والتهذيب عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي (١) عن أبي عبدالله (عليه‌السلام) قال : سألته عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسماة أو بطعام مسمى ، ثم آجرها وشرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقل من ذلك أو أكثر وله في الارض بعد ذلك فضل ، أيصلح له ذلك ؟ قال : نعم اذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم بذلك ، فله ذلك قال : وسألته عن رجل استأجر أرضاً من أرض الخراج بدراهم مسماة أو بطعام معلوم ، فيؤاجرها قطعة قطعة أو جريباً جريباً بشيء معلوم ، فيكون له فضل فيما استأجره من السلطان ، ولاينفق شيئاً أو يؤاجر تلك الارض قطعاً قطعاً على أن يعطيهم البذر والنفقة ، فيكون له في ذلك فضل على اجارته ، وله تربة الارض أو ليست له ؟ فقال : اذا استأجرت أرضاً فانفقت فيها شيئاً أو رممت فيها فلا بأس بما ذكرت » .

ورواه في الفقيه مرسلا (٢) « قال سئل أبو عبدالله (عليه‌السلام) عن رجل استأجر أرضاً من أرض الخراج الحديث .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٣ ح ٤٢ ، الوسائل ج١٣ ص ٢٦٣ ح ٣ و ٤ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٥٧ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦١ ح ٣ و ٤ .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن الحلبي (١) « قال : قلت لابي عبدالله (عليه السلام) : أتقبل الارض بالثلث أوالربع فأقبلها بالنصف ؟ قال : لا بأس ، قلت : فأتقبلها بألف درهم فأقبلها بألفين ؟ قال : لايجوز ، قلت : كيف جاز الاول ولم يجز الثاني ، قال : لان هذا مضمون وذاك غير مضمون » .

قال الفاضل المحدث الامين الاسترابادي قوله « لان هذا مضمون » الى آخره أقول : يعني في الصورة الاولى لم يضمن شيئاً ، بل قال : ان حصل شيء يكون ثلثه أو نصفه لك ، وفي الثانية ضمن شيئاً معينا ، فعليه أن يعطيه ولو لم يحصل شيء ، انتهى.

وهو جيد فان الغرض بيان علّة الفرق واقعاً وان لم يعلم سبب عليتها ، ولا يخفى على هذا أن ذكر الدراهم انما خرج مخرج التمثيل ، ويكون الغرض الفرق بين المزارعة والاجارة فان المزارعة لاتصح الا بالحصة الشايعة من نصف أو ثلث أو نحوهما ، بخلاف الاجارة ، فانها لا تصح كذلك ، بل لابد من كون مال الاجارة دنانير أو دراهم ، أو عروضاً مضمونة أو منقودة .

وقال الفاضل المشهور بخليفة سلطان في حواشيه على الفقيه : المراد أن ما أحدث شيئاً زايداً مما دفعت من الذهب والفضة فهو مضمون وأنت ضامن له يجب دفعه الى صاحبه ، فهو نقل للحكم ، لا بيان للحكمة ، ولا يخفى بعده ، وهذه الاخبار ونحوها ــ مما سيأتي ان شاءالله تعالى ــ ظاهرة في عدم الجواز مطلقاً الا مع القيود المذكورة فيها .

ولهذا ان الشيخ في الاستبصار بعد أن نقل الاخبار الثلاثة الاول قال : قال محمد بن الحسن : هذه الاخبار مطلق في جواز اجارة الارض بأكثر مما استأجرها ، وينبغي أن يقيدها بأحد أشياء ، اما أن تقول يجوز له اجارتها اذا كان

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٦ ، التهذيب ج٧ ص ٢٠٤ ح ٤٣ ، الوسائل ج١٣ ص ٢٦٠ ح ١ .

استأجرها بدراهم ودنانير معلومة أن يواجرها بالنصف أو الثلث أو الربع ، وان علم بأن ذلك أكثر يدل على ذلك مارواه محمد بن يحيى ، ثم ساق رواية الهاشمي المتقدمة الى آخر السؤال الاول خاصة ، وهو قوله فله ذلك ، ثم قال : والثاني أنه يجوز مثلا اذا استأجرها بالثلث والربع أن يوجرها بالنصف ، لان الفضل انما يحرم اذا كان استأجرها بدراهم ، وآجرها بأكثر منها ، وأما على هذا الوجه فلا بأس ، يدل على ذلك مارواه أحمد بن محمد ، ثم ساق رواية الحلبي المتقدمة التي بعد رواية الهاشمي ، ثم أردفها بما رواه عن اسحاق بن عمّار (١) في الموثق عن أبي عبدالله (عليه‌السلام) « قال : اذا تقبلت أرضاً بذهب أو فضة فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها به ، وان تقبلتها بالنصف أو الثلث فلك أن تقبلها بأكثر مما تقبلتها به ، لان الذهب والفضة مضمونان » ومنها أنه انما جاز ذلك اذا أحدث فيها حدثاً ، وأما قبل ذلك فلا ينبغي ذلك وهو الاحوط ، يدل على ذلك ما رواه محمد بن يحيى ، ثم ساق تتمة رواية الهاشمي من قوله : « وسألته عن رجل استأجر أرضاً من أرض الخراج بدراهم مسماة » الى آخرها ثم قال : ومنها أنه يجوز له أن يؤاجرها بعضاً منها بأكثر من مال اجارة الارض ويتصرف هو في الباقي من ذلك بجزء من ذلك وان قل .

يدل على ذلك مارواه في الصحيح عن محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما (عليهما السلام) قال: سألته عن الرجل يستكرى الارض بمائة دينار فيكرى نصفها بخمسة وتسعين ديناراً ويعمر هو بقيتها قال : لا بأس » انتهى .

ونقل في التذكرة عن الشيخ أنه قال : لايجوز أن يؤجر المسكن ولا الخان ولا الاجير بأكثر مما استأجره ، الا أن يؤجره بغير جنس الاجرة ، أو يحدث ما يقابل التفاوت ، وكذا لو سكن بعض الملك لم يجز أن يؤجر الباقي بزيادة عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٢ ح ٦ .
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٥ ح ٤٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٢ ح ١ .

الاجـرة والجنس واحد ، ويجـوز بأكـثرها لرواية الحلـبي (١) عن الصـادق (عليه‌السلام) « استأجر داراً بعشـرة دراهم » الحديث كما قدمناه ، والظاهر أنه من أجـل هذا النقل خص بعض مشايخنا المتأخرين خلاف الشيخ بهذه الثلاثة ، والذي يظهر من العلامة في المختلف أنه أعم ، حيث قال : قال الشيخان : اذا استأجر شيئاً لم يجز أن يؤجره بأكـثر مما استأجره بـه الا أن يحـدث فيه حـدثاً من مصلحة ونفع اذا اتفق الجنس الى آخره . .

وكيف كان فالذي يظهر من تتبع الاخبـار هو العموم ، وانما الاشكال في كون ذلك على جهة التحريم أو الكراهة ، أما العموم فقد عرفت من الروايات الثلاث المتقدمة أولا الدلالة على البيت والاجير والحانوت ، ومنها الدار كما تقدم في صحيحة الحلبي أو حسنته ، ومنها الارض كما تقدم في رواية الهاشمي ورواية الحلبي التي بعدها وموثقة اسحاق بن عمار المذكورة في كلام الشيخ .

ومنها الرحا لما رواه المشايخ الثـلاثة عن أبي بصير (٢) « قال : قال : أبوعبدالله (عليه‌السلام) : اني لاكره أن استأجر رحاً وحدها ثم اؤاجرها بأكثر مما استأجرتها به ، الا أن يحدث فيها حدثا أو يغرم فيها غرامة » .

ومنها السفينة مع بعض ماتقدم لما رواه الشيخ في التهـذيب عن اسحاق بن عمّار (٣) عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) ان أباه كان يقـول : لابأس بأن يستأجر الرجل الدار أو الارض أو السفينة ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به اذا أصلح فيها شيئا » .

ومنها العمـل لما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم (٤) في الصحيح عن

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٤ ح ٤٦ ، الفقيه ج ٣ ص ١٤٩ ح ٤ وفيه عن سليمان بن خالد ، الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٥ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٣ ح ٦١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١ .

أحدهما (عليهما السلام) أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه الى آخر فيربح فيه فقال: لا ، الا أن يكون قد عمل فيه شيئا » .

وما رواه في التهذيب(١) عن أبي حمزة في الصحيح عن أبي جعفر (عليه السلام) الحديث المتقدم الى قوله . لا » ، ولم يذكر الاستثناء .

وما رواه المشايخ الثلاثة عن حكم الخياط (٢) « قال : قلت لابي عبد الله (عليه السلام) : اني أتقبل الثوب بدرهم وأسلمه « بأقل » من ذلك لا أزيد على أن أشقه قال : لا بأس بذلك ، ثم قال : لا بأس فيما تقبلته من عمل استفضلت فيه » .

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن مجمع (٣) « قال : قلت لابي عبد الله (عليه السلام) : أتقبل الثياب أخيطها ثم أعطيها الغلمان بالثلثين فقال : أليس تعمل فيها ؟ قلت : أقطعها وأشترى لها الخيوط قال : لا بأس » .

وما رواه في الكتابين المذكورين عن علي الصايغ (٤) « قال : قلت لابي عبد الله (عليه السلام) : أتقبل العمل ثم أقبله من الغلمان يعملون معي بالثلثين ؟ فقال لا يصلح ذلك الا أن تعالج معهم فيه ، قلت : فاني اذيبه لهم »وقال : فقال : ذلك عمل فلا بأس » .

وما رواه في التهذيب عن محمد بن مسلم (٥) عن أحدهما (عليهما السلام) « قال : سألته عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخيطه ويستفضل ؟ قال : لا بأس قد عمل فيه » .

هذه جملة ما وقفت عليه من أخبار المسئلة ، وهذه الاخبار كلها متفقة

---

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٧٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٥ ح ٢ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ٨ و ٩ ، الفقيه ج ٣ ص ١٥٩ ح ١٠ و ٩ وفيه « ادينه » ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٦ ح ٧ و ٦

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٦ ، ٨الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٦ ح ٥ .

الدلالة واضحة المقالة على النهي عن الاجارة بأكثر مما يستأجره في كل شيء الا أن يعمل فيه شيئاً ، واذا ضممت بعضها الى بعض ظهر لك العموم في الحكم فان ذكر هذه الاشياء المخصوصة في الاخبار انما هو من قبيل التمثيل . بمعنى أن كل فرد فرد من هذه الافراد المذكورة ، سئل عن حكمه في الاجارة بأكثر مما استوجر عليه أجيب فيه بذلك ، والعموم كما يحصل بالاداة الموضوعة له ، كذا بتتبع الافراد والجزئيات على نحو القواعد النحوية المبتنية على تتبع أقوال العرب ، وظاهرها الاكتفاء بعملما ، وان قل ، فلايشترط فيه المقاومة لما يأخذه زايداً ، ونظيره ماتقدم في الضمايم .

وأما وجه الاشكال فمن حيث دلالة الاخبار الثلاثة المتقدمة في صدر البحث على الجواز في الارض ، وماذكره المتأخرون في الجمع بينها وبين هذه الاخبار من حمل هذه الاخبار على الكراهة ، قد عرفت مافيه مما قدمناه في غير مقام من البحث معهم في هذه القاعدة التي بنوا عليها في جميع أبواب الفقه من الجمع بين الاخبار بحمل الامر على الاستحباب ، والنهي على الكراهة .

على أن بعض هذه الاخبار المذكورة قد اشتمل على ما هو صريح في التحريم ، مثل قوله (عليه السلام) في رواية الحلبي فيمن تقبل الارض بألف وقبلها بألفين « لايجوز » ، وقوله (عليه السلام) في الروايات الثلاثة المتقدمة في صدر البحث وفيها « ان فضل الاجير والبيت والحانوت حرام » :

وبذلك يظهر ضعف ما استند اليه بعض محققي متأخري المتأخرين في تأييد الكراهة بقوله (عليه السلام) في رواية أبي بصير الواردة في الرحى « أ لاكره أن استأجرها » فان فيه ان استعمال الكراهة في الاخبار بمعنى التحر أكثر كثير ، واستعمالها في هذا المعنى العرفي انما هو اصطلاح متأخر .

وبالجملة فان المتأمل في ماذكرناه سيما مع تصريح الاخبار بالتحري لايخفى عليه ضعف الحمل المذكور .

وأما الجمع بتقييد اطلاق الاخبار الثلاثة ـ بما دلت عليه هذه الاخبار من عمل شيء قبل الاجارة كما ذهب اليه الشيخ وجمع من الاصحاب فمعنى نفي البأس عن اجارة الارض بأكثر مما استأجرها التقييد بما اذا عمل فيها شيئا .

ففيه ما أشرنا اليه آنفا من أن التحريم في البيت والاجير والحانوت انما هو مع عدم احداث عمل ، وأما مع احداث العمل فالفضل ليس بحرام ، بل هو جائز ، واى فرق على هذا بين الارض وهذه الثلاثة ، حتى أنه يقول : في تلك الاخبار ان الارض ليست كالاجير والبيت ، والعجب من أصحابنا حيث لم يتنبه منهم أحد لذلك ، والاجماع قائم منهم على أنه مع احداث عمل فانه يجوز .

وبالجملة فانه متى قيد التحريم في الثلاثة المذكورة بعدم احداث شيء كما أوضحناه سابقا ، وقيد الجواز في الارض بما اذا أحدث فيها شيئا كما ذكروه رجع الجميع الى أمر واحد ، ولم يبق فرق مع أن ظاهر الاخبار المذكورة أنها ليست سواء ، وهذا انما يتجه على تقدير جواز اجارة الارض مع الفضل وان لم يحدث فيها شيئا ، وهو بحمد الله سبحانه ظاهر لاسترة عليه ، وان لم يتنبه أحد من الاصحاب اليه .

وأما باقي محامل الشيخ التي تكلفها في كتاب الاستبصار كما قدمنا نقله عنه فانها لا تخلو من اشكال ، وان لم أقف على من تنبه له من علمائنا الابدال .

أما الاول وهو أن يستأجرها بدراهم ودنانير ويجوز له مواجرتها بالنصف والثلث والربع وان علم أن ذلك أكثر ، فهو وان دل عليه الخبر الذي ذكره الا أنه لا يخلو من الاشكال ، لدلالته على جواز الاجارة بالحصة من نصف أو ثلث ونحوهما ، وهو مما لا قائل به ، وقد تقدم في الفائدة الخامسة من الفوايد المتقدمة التنبيه على ذلك ، على أن الخبر المذكور قد دل مع ذلك على التقييد بما اذا حفر لهم نهرا أو عمل لهم شيئا يعينهم ، وبذلك ترجع الرواية الى غيرها من الروايات الدالة على التقييد بعمل شيء ، وترجع الى ما ذكرناه من التأويل المتقدم ،

وبه يظهر أن هذا الحمل ليس بشيء، لرجوعه من حيث التقييد الى الحمل الاخر .

وأما الحمل الثاني وهو أن يستأجرها بالثلث والربع ويؤجرها بالنصف ، فهو أيضاً وان دل عليه الخبران المذكوران ، الا أن ماذكرنا من الاشكال المتقدم جار فيهما ، فان الاجارة لاتصح بالحصة كما عرفت ، وان حمل الخبران على المزارعة فانها هي التي يصح فيها ذلك ، خرجا عن موضع البحث ، فلايصح الاستدلال بهما كما لايخفى .

وأما الحمل الثالث ـ فقد عرفت الكلام فيه ، وأما الحمل الرابع ففيه انه لايظهر بهذا فرق بين الارض وبين تلك الثلاثة المعدودة في تلك الاخبار ، فان كلامنهما متى عمل به كذلك صح ، أرضاً كان أوبيتاً أوغيرهما ، وأنت قدعرفت دلالة الاخبار الثلاثة على أنه ليست الارض مثل تلك الثلاثة في حد الزايد ، وجواز المؤاجرة به ، بمعنى أنه يحل في الارض دون تلك الثلاثة .

وماذكره في هذا الحمل مشترك في الجميع ، فأي معنى في الجمع به بين تلك الاخبار ، وبما أوضحناه من بطلان هذه المحامل من كل من الطرفين تبقى المسئلة في قالب الاشكال ، فان الروايات الثلاثة المتقدمة ظاهرة في جواز الزيادة في مؤاجرة الارض وان لم يحدث شيئا ، وما عداها من الاخبار الكثيرة ظاهر في المنع ، وبعضها كما عرفت صريح في التحريم ، ولايحضرني الان مذهب العامة في هذه المسئلة، فلعل أخبار أحد الطرفين انما خرج مخرج التقية والله العالم .

الثاني من الشروط الثلاثة المتقدم ذكرها تعيين المدة ، وهو المشهور في كلام الاصحاب ، وفيه وجه بالعدم ، قال المحقق في الشرايع : ولو اقتصر على تعيين المزروع من غير ذكر المدة فوجهان : أحدهما يصح ، لان لكل زرع أمداً فيبنى على العادة كالقراض ، والاخر يبطل كالاجارة وهو أشبه .

قال في المسالك : الاقوى اشتراط تعيين المدة على الوجه السابق ، لان مقتضى العقد اللازم ضبط أجله ، والفرق بينها وبين القراض واضح ، لانه عقد

جائز لافائدة في ضبط أجل له لو شرط ، لجواز الرجوع قبله ، بخلاف المزارعة فكان الحاقها بالاجارة أشبه .

أقول : لم أظفر في الاخبار بمايدل صريحاً على اشتراط المدة في هذه المعاملة ،واليه يشيرهنا الاستناد في الاشتراط الى الالحاق بالا جارة ، وفي العدم الى الالحاق بالقراض ، ولو كان هنادليل من الاخبار لم يحتج الى الالحاق بالاجارة ، ومجرد كونه عقداً لازماً كما ذكره في المسألك مع تسليمه لايستلزم المدة ، لما علم من أن الغرض المترتب عليه حصول الحصة المشترطة ، فيناط حنيئذ بالامد المتعارف لذلك الزرع ، وحصول الحصة المشترطة ، وأي مانع من ذلك فاشتراط مازاد على ذلك يحتاج الى دليل واضح .

وربما استدل على اعتبار الاجل فيها بما رواه في الكافي عن يعقوب بن شعيب (١) في الصحيح عن أبي عبدالله (عليه السلام) في حديث « قال : وسألته عن الرجل يعطي الرجل الارض فيقول : اعمرها وهي لك ثلاث سنين أو خمس سنين أوماشاء الله ؟ قال لابأس » .

ورواه الصدوق و الشيخ نحوه وعن الحلبي (٢) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : لابأس بقبالة الارض من أهلها عشرين سنة ، وأقل من ذلك أو أكثر، فيعمرها ويؤدي ما خرج عليها ، ولايدخل العلوج في شيء من القبالة ، فانه لايحل » .

وبهذا الاسناد (٣) عن أبي عبدالله (عليه السلام) ؟ قال : ان القبالة أن يأتي

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ ، الفقيه ج ٣ ص ١٥٤ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٩ ح ٢٥ ، الكافي ج٥ ص ٢٦٩ ح ٣ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢١٩ ح ٣ .

(٣) التهذيب ج٧ ص ١٩٧ ح ٢٠ ، الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٣ ، الوسائل ج١٣ ص ٢٠٤ ح ٢ .

الارض الخربة فتقبلها من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك ، أو أكثر فيعمرها ويؤدى ماخرج عليها فلا بأس به ».

وما رواه الشيخ عن الحلبى (١) فى الصحيح عن أبى عبدالله (عليه السلام) « أنه قال : فى القبالة أن يأتى الرجل الارض الخربة فيتقبلها من أهلها عشرين سنة ، فان كانت عامرة فيها علوج فلا يحل له قبالتها ، الا أن يتقبل أرضها فيستأجرها من أهلها ولا يدخل العلوج فى شيء من القبالة فانه لا يحل ».

وعن أبى الربيع الشامى (٢) عن أبى عبدالله (عليه السلام) « قال : سألته عن أرض يريد رجل أن يتقبلها فأى وجوه القبالة أحل ؟ قال : يتقبل الارض من أربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة فيعمر ويؤدى الخراج ، قال : فان كان فيها علوج فلا يدخل العلوج فى قبالة الارض ، فان ذلك لا يحل ».

وأنت خبير بما فيه ، فان غاية ما يدل عليه ما عدا الخبر الاخير هو أن مالك الارض يعطى أرضه شخصاً آخر ليعمرها ، ويأكل حاصلها ويؤدى خراجها كما هو صريح الخبر الاول ، وان عبر عن ذلك فى غيره بلفظ القبالة ، ولهذا قال المحدث الامين الاسترابادى فى حاشية له على صحيحة الحلبى الثانية : وقوله فيها « ان القبالة أن يأتى الارض » الى آخره كأنه اشارة الى قبالة متعارفة فى بلد الراوى أو بلده وليس المقصود حصر القبالة فى ذلك انتهى.

وقال شيخنا المجلسى فى حواشيه على صحيحة الحلبى الاولى : كأنه استأجره لاعمال معلومة ، من تنقية القنوات وكرى الانهار ، والعمل فى الارض وغيرها ، وجعل وجه الاجارة منفعة الارض أو أجرة مثلها ، ولما كان بعقد القبالة لاتضر الجهالة ، ويمكن حمله على الجعالة .

وقال والده فى حاشية له على صحيحة يعقوب بن شعيب : يمكن حمله على الجعالة فى العمل بحاصل الملك ، فلا تضر الجهالة أو على أن يؤجره الارض

(١) و (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠١ ح ٣٣ و ٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٣ ح ٢ و ص ٢١٤ ح ٥

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بشيء ثم يستأجره للعمل بذلك الشيء والاول أظهر انتهى .

وأنت خبير بأنه حيث كان ظاهر الاخبار المذكورة ما قدمناه من اعطاء الارض تلك المدة ليعمرها ، ويأكل حاصلها وهذا بحسب ظاهره غير منطبق على شيء من المعاملات الموجبة لحلّ أكل حاصل الارض المذكورة ، فتارة حملوه على الجعالة من حيث عدم صحة حمله على الاجارة ، لجهالة الاجرة وعدم معلوميتها ، ومنهم من جعلها معاملة متعارفة كانت في ذلك الزمان ونحو ذلك من هذه التكلفات التي ذكروها ، وكيف كان فهي من الدلالة على ما ادعاه هذا القائل بمعزل .

وأما الاخير من الاخبار المذكورة فانه ظاهر في الاجارة فلا اشكال فيه ، وبالجملة فاني لاأعرف لهم دليلا في هذه المسئلة على اشتراط الاجل في المزارعة ، ولاموجباً لفسادها بدونه ، الا مجرد ظاهر اتفاقهم على الحكم المذكور ، وماعلل به في المسالك قد عرفت مافيه ، على أن في دعوى كونها عقداً على الوجه الذي تقدم نقله عنه في صدر الكتاب مناقشة ظاهرة قد تقدمت الاشارة اليها .

وغاية ما يفهم من الاخبار وقوع التراضي من الطرفين على المزارعة بالنصف أو الثلث أو نحوهما على حسب مايتفقان عليه من البذر والعوامل والخراج عليهما معاً ، أو على أحدهما ، أو بالتفريق ، والارض من أيهما كان .

فمن الاخبار في هذا المقام رواية ابراهيم الكرخي (١) « قال : قلت لابي عبدالله (عليه السلام) : أشارك العلج ، فيكون من عندي الارض والبذر والبقر ، ويكون على العلج القيام والسقي والعمل في الزرع حتى يصير حنطة وشعيراً ويكون القسمة فيأخذ السلطان حقه ، ويبقى مابقي على أن للعلج منه الثلث ، ولي الباقي ، قال : لابأس بذلك ، قلت : فلي عليه أن يرد عليّ مما أخرجت الارض البذر ويقسم الباقي ؟ قال : انما شاركته على ان البذر من عندك ، وعليه السقي والقيام .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٢ ح ١ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وعن يعقوب بن شعيب(١) في الصحيح عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : سألته عن الرجل يكون له الارض » الخبر .

وقد تقدم في الفايدة الثالثة من الفوايد المذكورة في صدر الكتاب وعن يعقوب بن شعيب (٢) في خبر قال : وسألته عن المزارعة ؟ قال : النفقة منك والارض لصاحبها ، فما أخرج الله تعالى منها قسم على الشرط ، وكذلك أعطى رسول الله (صلى الله عليه وآله) أهل خيبر حين أتوه ، فأعطاهم اياها على أن يعمروها ، ولهم النصف .

وعن سماعة(٣) في الموثق « قال سألته عن مزارعة المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر والبقر ، وتكون الارض والماء والخراج والعمل على العلج؟ قال : لا بأس » الى غير ذلك من الاخبار التي من هذا القبيل ، وليست المزارعة فيها الا عبارة عن تراضيهما على هذه الوجوه بأي نحو اتفق ، ولا عقد كما يدعونه ولا صيغة خاصة بالكلية ، و ليس في شيء منها على كثرتها اشارة الى أجل ولا مدة ، بل المناط فيها ادراك الحاصل كما يشير اليه قوله في رواية الكرخي (٤) « حتى يصير حنطة و شعيراً » بقي الكلام في أنه لو ذكرت المدة في العقد مع كونها كما عرفت لادليل عليها ، فهل يترتب عليها أثر أم تكون لغواً من القول ؟ ووجوده كعدمه ، الظاهر الثاني والله العالم .

وتمام تحقيق الكلام في المقام يتوقف على بيان أمور :

الاول - هل يعتبر في المدة المذكورة امتدادها الى ادراك الزراعة علماً أو ظناً غالباً ، فلو اقتصر على مادون ذلك بطل العقد أم لا ؟ ظاهر اطلاق جملة من عبارات الاصحاب الثاني ، ومنهم المحقق في الشرايع ، والعلامة في الارشاد وصريح جملة منهم الاول ، واستشكل في القواعد .

---

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ و ٤ الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢ و ص ٢٠٤ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٢ ح ١ .

قال في المسالك بعد نقل عبارة المصنّف المشار اليها : مقتضى اطلاق العبارة عدم الفرق مع ضبط المدة بين كونها وافية بادراك الزرع فيها وقاصرة ومحتملة وهو أحد الوجهين في المسئلة ، والاقوى اعتبار مدة يدرك فيها الزرع علماً أو ظناً غالباً ، فلو اقتصر على ما دون ذلك بطل العقد ، لان الغرض في المزارعة هو الحصة من النماء ، فاذا لم يتحقق في المدة غالباً بقي العقد بلا عوض ، وانه خلاف وضع المزارعة ، والاعتذار بامكان التراضي بعد ذلك على بقائه لا ينفع لان التراضي غير لازم ، فلا يعلق عليه شرط لازم ، انتهى .

أقول : وقد عرفت أنه لا دليل على اشتراط المدة في المزارعة ، وانما الظاهر من الاخبار التي قدمناها ونحوها هو اناطة ذلك بادراك الحاصل ، بمعنى أن يتراضيا على المعاملة المذكورة بالشروط المقررة بينهما ، والعمل فيها حتى يدرك الحاصل ويقتسماه ، فان الغرض من المزارعة انما هو تحصيل الحاصل منها لكل من المالك والمزارع ، فيأخذ المزارع حصته ويأخذ المالك حصته الباقي ، وحينئذ فلو فرضنا قيام دليل على اشتراط الاجل فيها ، فانه لا معنى لجعله أقل من وقت ادراك الحاصل ، فالقول به أو الاستشكال من أجله لا أعرف له وجهاً بالكلية .

الثاني ـ انهم قالوا : بناء على ما قدمنا نقله عنهم من اشتراط المدة في العقد المذكور لو مضت المدة والزرع باق بأن ذكر مدة يظن الادراك فيها فلم يحصل ، فهل لمالك الارض ازالته أو ليس له ذلك ، أو له الازالة مع ضمان الارش أقوال ثلاثة ، قالوا : وجه الاول انقضاء المدة التي يستحق عليه فيها التبقية ، والاصل تسلط المالك على ملكه كيف شاء ، ولان الزارع بعد المدة لا حق له ، فيكون ابقاءه بدون اذن المالك ظلماً .

ووجه الثاني أنه قد حصل في الارض بحق فلم يكن للمالك قلعه : ولان للزرع أمداً معيناً غير دائم الثبات ، فاذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو استأجر مدة للزرع فانقضت قبل ادراكه .

ووجه الثالث الجمع بين الحقين ، واورد عليه بأنه يشكل فيما لو كان التأخير بتقصير الزارع .

وبالاول صرح المحقق في الشرايع ، واختاره في المسالك ، قال : وما اختاره المصنف أقوى ، لزوال حق الزارع بانقضاء المدة ، فلا ارش له ولا استحقاق وهو جيد لو ثبت دليل على اعتبار المدة .

ويا لله والعجب أنه اذا كان الغرض من المزارعة انما هو الحاصل من الزرع والانتفاع به ، فلو فرضنا أن مالك الارض هو صاحب القسط الاعظم من الحاصل وصاحب الحصة انما هو العلج مثلا وانقضت المدة قبل الادراك كما فرضوه فكيف يقدم المالك على ضرر نفسه بقلع الزرع ، ويتصور النزاع بينه وبين العلج في ذلك ، ويترتب عليه هذا الخلاف ، واين هذا من ذلك الغرض الباعث على المزارعة وخسران ما صرفوه من بذر وعوامل وعمل ونحو ذلك ، وهل يتصور في عقل عاقل القدوم على مثل ذلك والحال كما عرفت .

وكيف كان فان البناء على هذه التعليلات التي ذكروها لكل من هذه الاقوال بمحل من الاشكال ، لما عرفت في غير مقام مما تقدم ، والمسئلة غير خالية من الاشكال والالتباس ، خصوصاً لما عرفت من عدم البناء فيها على أساس .

نعم لو جعل هذا الخلاف بعد ادراك الغلة لكان أقرب الى الصواب وعلى تقديره فالاظهر هو القول الاول من الاقوال المتقدمة ، قيل : وعلى تقدير القول الاول فينبغي أولا تكليف المزارع بالازالة ، والا فرفع الامر الى الحاكم ثم بعد تعذره مباشرة المالك بنفسه .

واختار في القواعد أن للمالك الازالة مع الارش ، أو التبقية بأجرة للمالك ، وحينئذ يصير هذا قولا رابعاً في المسئلة وأورد عليه بأنه يلزم منه ايجاب عوض في ذمة المزارع بدون رضاه ، وذلك غير معقول .

ثم انه على تقدير جواز القلع بأرش أولا به ، فالمقلوع مشترك بينهما بناء

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

على أن الزارع يملك الحصة، وان لم ينعقد الحب، خلافاً لابن زهرة.

ثم انه على تقدير ثبوت الارش بقلعه قال في المسالك: طريق تحصيله أن يقوم الزرع قائما بالاجرة الى أو ان حصاده ومقلوعاً، ثم انه على تقدير القول الاول لو اتفقا معا على التبقية، جاز بعوض كان أم لا، الا أنه متى كان بعوض افتقر في لزومه الى تعيين مدة زائدة.

وعلى تقدير القول الثاني وهو القول بوجوب ابقاءه فهل تجب الاجرة أم لا؟ قولان: أولهما للعلامة في التذكرة، وثانيهما له أيضاً في القواعد، قالوا: وعلى تقدير اتفاقهما على البقاء بأجرة تكون اجارة الارض حقيقة، لانقضاء مدة المزارعة، فلابد من ضبط المدة كالاجارة، فان جاز الاطلاق في المزارعة فلو لم يضبطاها أو اتفقا على الابقاء بالاجرة، وأطلقا وجب أجرة المثل.

الثالث ــ قالوا: اذا عقد المزارعة الى مدة معينة فشرط في متن العقد تأخير الزرع الى أن يدرك أو الى مدة أخرى أن بقي الزرع بعد المدة المشترطة غير مدرك بطل العقد، لانه يعود الى الجهالة في المدة، لان المدة في الحقيقة تصير هي المجموع مما وقع عليه الشرط، ومما عين أولا في متن العقد، والذى عين في متن العقد، وان كان مدة مضبوطة الا أن المذكورة في الشرط مجهولة وشرطها في متن العقد من جملة العوض، فاذا تضمن جهالة بطل العقد، كما لو كان جميع المدة مجهولا.

ويحتمل على هذا القول صحة الشرط المذكور، وان تضمن الجهالة، لان المدة المذكورة في العقد مضبوطة، وما تضمنه الشرط انما هو من قبيل التابع، ذكر احتياطاً، لاحتمال الحاجة، وجهالة التابع غير مضر، كما تقدم نظيره في الضمائم الا أن المشهور بينهم هناك هو البطلان متى كان المقصود بالبيع الجميع، وانما يصح عندهم فيما اذا كان المقصود المعلوم، وجعل المجهول تابعاً وقد بينا ضعفه ثمة ومن هنا رجح في المسالك القول الاول بناء على ما اختاره هناك من القول المشهور.

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الرابع ــ من فروع اعتبار المدة فيهذا العقد ما لو ترك العامل المزارعة حتى انقضت المدة ، فانه تلزمه أجرةالمثل ، كما لو استأجرها مدة معلومة ، فانه تلزمه الاجرة ، لان منفعتها قد صارت مستحقة له ، حيث لايتمكن المالك من استيفاءها ، وقد فوتها عليه فتلزمه الاجرة لذلك .

والاكثر على أنه لافرق في لزوم أجرة المثل للمزارع بين تركه العمل والانتفاع بالارض اختياراً أو غيره ، وقيل : بالفرق بين الامرين ، لعدم التقصير على تقدير الثاني ، ومقتضى العقد لزوم الحصة خاصة ، ولم يحصل منه تقصير في عدم حصولها يوجبالانتقالالىما لايقتضيهالعقد ، وهوأجرة المثل الذى ذكروه .

أقول : ويأتى على ماذكرناه:من عدم دليل على اعتبار التأجيل في هذه المعاملة وعدم اعتبارالمدة فيها وان ذكرها فيحكم العدم هو عدم لزوم شيء للعامل ، لاصالة براءة الذمة ، والفرق بينهما وبين الاجارة ظاهر ، لانه بالاجارة ينتقل المنفعة الىالمستأجر ، وترتفع يدالمالك عن الارض بالكلية تلك المدة ، فتلزمه الاجرة بلا اشكال بالتقريب المتقدم .

وعلى ذلك دلت جملة من الاخبار الاتية ـ انشاء الله تعالى ـ في كتاب الاجارة بخلاف مانحن فيه ، فان للمالك متى لم يزرع فيها العامل فسخ العقد ودفعها الىغيره ، ومنفعة الارض لمتنتقل له بالعقد ، وانما هيمشتركة مع العمل فيها ، وللعامل الحصة المقررة ، فاذا أخلبالعمل فيها كما لو شرط عليه فللمالك فسخه ، بل الظاهر انفساخ العقد بنفسه والله العالم .

الثالث ــ من الشروط الثلاثة المشار اليها آنفا أن يكون الارض ممايمكن الانتفاع بها فيالزرع ، بأن تكون من أرض الزراعة ، وأن يكون لها ماء معتاد تسقىبه من نهر أوبئر أوعين أونحوها ، ومن ذلك الارض فيبلد تسقيها الغيوث والامطار عادة ، وكثير منهم حصر والماء في الافراد السابقة . وذكروا الغيوث في مسئلة على حدة ، والحق أن الجميع من باب واحد ، لان المراد أن يكون

الماء ماء يعتاد سقيها به ، أعم من أن يكون من الله تعالى أو من جهة العمال فيها ، بحفر السواقي والانهار ، والضابط امكان الانتفاع بها في الزراعة ، فلو لم يكن كذلك بطلت المزارعة .

والكلام هنا يقع في مواضع : **الاول** ـ قال العلامة في القواعد بعد ذكر الشرط المذكور : ولو زارعها أو آجرها له ولا ماء لها تخير العامل مع الجهالة لا مع العلم ، لكن في الاجرة يثبت المسمى ، وهو ظاهر في صحة المزارعة مع علمه بعدم الماء ، وأما مع الجهل فيتخير بين الرضا بالعقد وفسخه ، ومرجعه الى اللزوم مع العلم وعدم اللزوم مع الجهل ، دون البطلان في شيء من الموضعين ، ففي صورة العلم لاخيار له حيث أقدم على ذلك ، بخلاف صورة الجهل ، فيكون له الخيار ، ويأتي بناء على ما قدمناه من البطلان في الموضعين لفوات الشرط الذى هو امكان الانتفاع ، وهو الاقوى بالنظر الى قواعدهم .

وربما حمل كلام العلامة هنا على أنه متى أمكن الانتفاع بتلك الارض في غير المزارعة التي تحتاج الى الماء ، فانه يجوز أن يزرع ما لا يحتاج الى الماء فعدم الماء لايستلزم عدم امكان الانتفاع ، مع القول باشتراط امكان الانتفاع بغير الزرع اذا تعذر ، ولايخفى تعسفه ، فان الظاهر من الاخبار وكلام الاصحاب من غير خلاف يعرف أن المزارعة المبحوث عنه في هذا المقام انما هي عبارة عن زرع مايتوقف على الماء من حنطة وشعير وأرز ونحوها من الحبوب ، على انا لا نعرف هنا زرعاً يقوم بغير الماء بالكلية .

وربما حمل كلامه أيضاً على أن المراد لاماء لها غالباً ، لاأنه لاماء لها أصلا ويؤيده تصريحه بذلك في التذكرة حيث نقل عنه فيها التردد فيما لو كان لها ماء نادراً هل يصح المزارعة عليها أم لا ، ومنشأ التردد من عدم التمكن من ايقاع ما وقع عليه العقد بالنظر الى الغالب ، ومن امكان الزرع ولو نادراً ، وهو وان كان أقل تعسفاً من الاول ، الا أن الظاهر ضعف الحمل عليه ، وان تردد

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فيه في التذكرة ، لماعرفت في غير مقام مما تقدم أن الاحكام المودعة في الاخبار انما تحمل على الافراد الشايعة الغالبة المتكثرة ، دون الشاذة النادرة .

وماذكره العلامة في القواعد من هذا الحكم المتقدم نقله عنه قد سبقه اليه المحقق في الشرايع أيضاً مع أنهما معاً قد ذكرا قبل هذا الكلام الشرط المشار اليه ، وقد عرفت أن قضية الشرط المذكور بطلان المزارعة مع عدمه .

وبالجملة فان كلامهما هنا مع ما عرفت لايخلو من الاشكال .

الثاني ــ حيث قد عرفت أن امكان الانتفاع شرط في صحة المزارعة ، وأنها بدونه تكون باطلة ، فلو وجد الشرط المذكور ثم تجدد انقطاع الماء فمقتضى القواعد بطلان العقد ، لفوات الشرط في المدة الباقية ، فان الظاهر شرطيته ابتداء واستدامة ليترتب عليه الغرض المطلوب من المزارعة ، الا أن ظاهر المحقق والعلامة الصحة ، وان للزارع الخيار ، حيث أطلقا القول بعدم البطلان ، وانما حكما بتسلطه على الفسخ .

قيل : وكانهما نظرا الى صحة العقد ابتداء ، فتستصحب والضرر اللاحق للمزارع بانقطاع الماء ينجبر بتسلطه على الفسخ ، والظاهر ضعفه ، لعدم حجية الاستصحاب على هذا الوجه كما تقدم تحقيقه في مقدمات الكتاب في صدر جلد كتاب الطهارة (١) .

الثالث ــ ينبغي أن يعلم أن ماتقدم من البحث والخلاف مخصوص بالمزارعة ، وكذا الاجارة بشرط الزراعة ، لاشتراكهما في المعنى ، أما لو استأجرها مطلقا ولم يشترط الزراعة فانهم قد صرحوا هنا بصحة الاجارة ، لامكان الانتفاع بها بغير الزراعة ، فليس له الفسخ حينئذ ، والظاهر أن هذا الحكم مخصوص بالجاهل بكون الارض لاماء لها ، والا فانه متى علم أنه لا ماء لها ، واستأجرها مع علمه بذلك فانه لامعنى لتخييره ، بل اما أن يكون العقد باطلا ، أو صحيحا ، والوجه حينئذ

(١) ج ١ ص ٥٢ .

في صحة الاجارة مع الجهل ، وعدم جواز الفسخ متى علم أنه استأجرها مطلقا لابشرط الزراعة ، ووجوه الانتفاعات لاتختص بالزراعة بخصوصها ، لانها نوع من أنواع الانتفاعات ، فانه يمكن الانتفاع بها في وضع المتاع ، وكونها مراحاً ومسرحاً وغير ذلك ، كذا ذكروه .

ويشكل بأنه متى كانت الارض انما أعدت للزراعة ، وأن الغالب عليها انما هو الاستعمال والانتفاع بهافي الزرع لا في غيره ، وقد عرفت في غير موضع مما تقدم أن الاطلاق انما ينصرف الى الافراد الغالبة المتكررة ، فالحكم بالصحة واللزوم والحال هذه مشكل ، فيحتمل تسلطه على الفسخ حملا على المعتاد والغالب .

الرابع ــ قد عرفت من مذهبي المحقق والعلامة أن للمزارع والمستأجر الفسخ في المسألتين المتقدمتين ، قالوا : فلو فسخ فعليه في المزارعة أجرة ما سلف ، وعليه المسمى في الاجارة ، والوجه فيه أن كلامن المزارع والمستأجر فسخ العقد باختياره ، فبطل العقد بفعله ، ولم تحصل الحصة المعينة في المزارعة ، والارض لابد لها من أجرة ، فعليه في المزارعة أجرة ما مضى من الزمان قبل الفسخ ، والمسمى بالنسبة الى الاجارة ، ويشكل بأن الفسخ انما وقع بسبب انقطاع الماء الذي هو شرط لوجود الحصة ، وصحة الاجارة .

وبالجملة فان اثبات ماذكروه يحتاج الى دليل ، والا فالاصل عدمه ، هذا ان فسخ ، وان لم يفسخ فان حصل شيء فهو لهما ، والا لم يكن لاحد هما على الاخر شيء ، وهو ظاهر والله العالم .

المقام الثاني في الاحكام

وفيه مسائل : **المسئلة الاولى** ــ قالوا : لايخلو الحال في المزارعة من أمرين : أحدهما ــ أن يطلق المزارعة على المشهور فله أن يزرع ماشاء ، و الظاهر ان

المراد بالاطلاق هنا ما قابل التعيين ، سواء كان ما يدل على العموم وضعا من الألفاظ الموضوعة له ، أوما يدل على الفرد المنتشر وضعا ، وعلى التقديرين فانه ظاهر في جواز أن تزرع ماشاء سواء أضر بالارض أم لا .

أما على الاول فظاهر ، وأما على الثاني فلان تجويز فرد منتشر تجويز لكل واحد بدلا من الاخر ، ولهذا أن الامر بالكلي أمر بواحد أى واحد كان من أفراد الماهية ، بمعنى برائة الذمة والاتيان بالمأمور به بأى فرد فعل ، والا لزم الاجمال والتكليف بالمحال .

واستشكل بعض محققي متأخري المتأخرين في صحة هذا العقد ، قال : لاشتماله على الغرر ، كما يمنع بعتك هذا بما تريد ، أو بأى شيء تعطى ، ثم قال : وقد يفرق بالنص والاجماع ، وبأنه لاشك في جواز زراعة ماهو الاضر للمالك ، فله أن يعطيه غيره أن يفعل ذلك له بأجرة وغيرها انتهى .

ونقل عن العلامة في التذكرة أنه قوى وجوب التعيين لتفاوت ضرر الارض باختلاف جنس المزروعات فيلزم بتركه الغرر ، وهو الذى أشار اليه المحقق المذكور في صدر كلامه .

لكنه قد أورد عليه أيضاً بأنه منظور فيه بدخول المالك وقدومه على أضر الانواع من حيث دخوله في الاطلاق المستلزم لذلك ، فلا غرر حينئذ ، وكيف كان فالاقرب القول المشهور .

ثم ان ما ذكروه من العبارة التي صدرنا بها الكلام لايخلو من حزازة ، فان الظاهر أن ضمير يزرع في قوله فله أن يزرع ماشاء راجع الى العامل الزارع وهو انما يتم لو كان البذر من عنده ، أما لو كان من عند المالك فالتخيير يرجع اليه ، لا الى الزارع .

وثانيهما أن تعين العين المراد زرعها تعينا نوعياً كالحنطة ، أو شخصياً كهذه الحنطة ، أوصنفيا كالحنطة الفلانية ، سواء كان ما عدل اليه أضر مما عين

في العقد ، أوأقل ضررا ، أومساوياً ، فان قضية التعيين والاشتراط هو عدم جواز التعدى لما عين مطلقا ، ولو خالف فمقتضى كلام جملة منهم شيخنا الشهيدالثاني في المسالك والمحقق الاردبيلي هو أن للمالك أجرة المثل .

قال المحقق المذكور : لاشك في انه يلزمه أجرة المثل على تقدير التعدى، وينفسخ العقد ، الا أن تكون مدة الانتفاع باقية ، لانـه قد ضيع منفعة الارض بغير اذنه ، فيلزمه عوضها ، وهو أجرة المثل كما في غير هما انتهى .

ومقتضى كلام المحقق والعلامة التخيير بمعنى أنـه يتخير مالك الارض في فسخ العقد وأخذ أجرة المثل و عدمه ، فيأخـذ المسمى والارش أيضاً ان نقصت الارض وحصل لها ضرر بذلك .

قال العلامة في القواعد ويتعين بالتعيين ، فان زرع الاضر فللمالك الخيار بين المسمى مع الارش ، وبين أجرة المثل ، ولو زرع الاخف تخير المالك بين الحصة مجانا ، وأجرة المثل .

وقال المحقق في الشرايع : فان عين الزرع لـم يجز التعدى ، ولـو زرع الاضر والحال هذه كان لما لكها أجرة المثل ان شاء ، والنماء مع الارش ، ولو كان أقل ضرراجاز انتهى .

وفيه نظر من وجهين الاول ان مقتضى التعيين والعمل بالشر ط عدم جواز العدول عنه ، وأنـه ينفسخ العقد بالتعدى كما تقدم في كلام المحقق الاردبيلي ، فكيف يتم ما ذكره في الشرايع من أنـه لو كان أقل ضرراً جاز،وما ربما يقال في الجواب ــ والاعتذار عن المنافات في كلامــه ــ بأن الرضا بـزرع الاضر على الارض يقتضى الرضا بالاقل ضررا بطريق أولى ــ مردود بأن غرض المالك ربما كـان الانتفاع بالزرع ، لامصلحة الارض ، فانـه المقصود الذاتي ، و مصلحة الارض انما هي تابعة ولاشك أن الاغراض تختلف في أنواع المزروع ، فربما كان غرضه في الاشد ضررا من حيث يزيد نفعه ، أوالحاجة اليه ، وان تضررت الارض به .

ثم انـه على تقدير ماذكره من الجواز يلزم من ذلك أخذ المالك الحصة من ذلك المزروع مجانا ، وهو باطل ، لانه غير داخل في العقد ، فكيف يستحق فيه المالك شيئا ، وعين البذر مال العامل وملكه ، ولادليل على انتقال شيء منه عن ملكه الا بالمزارعة عليه ودخوله في عقد المزارعة ، والمفروض أنـه ليس كذلك .

وبه يظهر أيضاً مافي عبارة القواعد هنا من التخيير بين أخذ الحصة مجانا وبين أجرة المثل ، فانه لاوجه لاخذ الحصة مجانا كما عرفت ، بل الحق انما هو أجرة المثل وانفساخ العقد .

الثاني ـ أن ماذكراه من التخيير في صورة زرع الاضر بين المسمى مع الارش ، وبين أجـرة المثل ، منظـور فيه بأن الحصة المسماة انما وقعت في عقد المزارعـة بالنسبة الى ذلك المعين في العقد ، والذى زرعـه العامل لم يتناولـه العقد ، ولا الاذن ، فكيف يستحق منه المالك حصته ، فاذا زارعه على حنطة بأن يكون للمالك نصف حاصلها ، وبذر العامل شعيراً فبأى وجه يستحق المالك حصته من ذلك الشعير ، وهو غير داخل في العقد ، ومقتضى ملك العامل له أن يكون نماؤه ومايخرج منه لمالكه خاصة ، وبـه يظهر أن الاقـوى انما هو أجرة المثل فـي الموضعين المذكورين ، هذا بالنسبه الى المزارعة .

أما في الاجارة فانـه لواستأجر منه الارض لزراعـة نوع معين ، مثلا فان زرع الاضر فالكلام عندهم كما تقدم في المزارعة ، وان زرع الاخف ضرراً فانهم صرحوا هنا بالفرق بين العقدين في ذلك ، وأنه يصح في الاول ، دون الثاني .

قال في المسالك في تعليل ذلك : فان عدول المستأجر الى زرع ماهو اخف ضرراً منه متجه ، لان الغرض من الاجارة للمالك تحصيل الاجرة ، وهي حاصلة على التقديرين ، وتبقى معه زيادة تخفيف الضرر عـن أرضه ، و أولى منه لوترك

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الزرع طول المدة ، فانه لااعتراض للمالك عليه ، حيث لايتوجه ضرر على الارض، لحصول مطلوبه ، وهو الاجرة ، بخلاف المزارعة ، فان مطلوبه الحصة من الزرع ، فلايدل على الرضا بغيره ، ولايتناوله بوجه ، انتهى .

وأما المساوى فاحتمالان .

الثانية : قيل : لواستأجر للزراعة أرضاً لاينكشف عنها الماء لم يجز ، لعدم الانتفاع ، ولورضى بذلك المستأجر جاز ، ولوقيل : بالمنع لجهالة الارض كان حسنا ، وان كان قليلا يمكن معه بعض الزرع جاز ، ولوكان الماء ينكشف عنها تدريجا لم يصح لجهالة وقت الانتفاع .

أقول : وتفصيل هذا الاجمال ـ بما يتضح به المراد من هذا المقال ـ هو أن يقال : اذاكانت الارض مغمورة بالماء بالكلية في جميع الاوقات ، فانه لاريب في بطلان اجارتها ، لعدم امكان الانتفاع بها فيما استوجرت له ، وهو ظاهر ، وأما لوكان الماء ينكشف عنها وقت الانتفاع عادة ، فان كانت مغمورة به حال العقد ، فانهم صرحوا بالصحة إذاكان قدرأى الارض أولا قبل استيلاء الماء عليها، وأن الماء المجلل لها صافياً لايمنع من رؤيتها،هذا اذاكان الاستيجار للزراعة .

أما لوكان الاستيجار مطلقا أولغير الزراعة ممايمكن استيفاؤه منها ، فان الاجارة صحيحة ، وينتفع بها فيما شاء ، ولو باصطياد السمك ان كان ،ومع تعذر الانتفاع بها بوجه من الوجوه ، فالظاهر هو البطلان ، لان شرط الصحة امكان الانتفاع ، ولو رضى المستأجر بالاجارة مع فرض الانغمار بالماء جاز ، وهومما لااشكال فيه ، الا أنه لابد من تقدم رؤية الارض قبل الانغمار بالماء ، أو امكان الرؤية حال وجود الماء لصفائه ، كما تقدم ذكره .

وبه يظهر أن تعليل المنع من الصحة في هذه الصورة بجهالة الارض لايصح على اطلاقه .

نعم لو فرض الجهل بها على كل حال اتجه المنع ، وبالجملة فانه اذا رضى المستأجر بذلك مع العلم بالارض بأحد الوجوه جاز ، وأما مع الجهل مطلقا وعدم العلم بوجه فلا ، ولو كان الماء قليلا يمكن معه بعض الزروع جاز ، لامكان الانتفاع في الجملة ، سواء أمكن الزرع في جميع الارض على النقصان ، أو أمكن في بعض دون بعض ، مع الحاق مالا يمكن فيه من الارض بالجميع .

وكيف كان فلابد من علم المستاجر بذلك والا تسلط على الفسخ للعيب ، وأما لو كان الماء ينكشف عن الارض تدريجا فان الاجارة لاتصح ، لجهالة وقت الانتفاع ، والظاهر أنه لافرق في ذلك بين رضاء المستأجر بذلك وعدمه ، لان رضاه بعقد غير صحيح لايوجب صحته ، لما عرفت من أن العقد باطل من حيث جهالة وقت الزرع .

وفي القواعد قيد المنع بعدم رضا المستأجر ، فلو رضى بذلك صح ، ورد بأن هـذا انما يتم في العيب ، فانه يتخير بالرضاء والخيار ، لا في الجهالة التى هو موجبة لبطلان العقد ، ولو قيل : ـ بالحاق هذا الفرد بما ذكر نظرا الى امكان الانتفاع في الجملة ـ قلنا : لاريب ان ما يوجبه انقطاع الماء تدريجاً نقصان المنفعة ، واللازم من ذلك تخير المستأجر مع الجهل ، لا الحكم بعدم الصحة ، مع أنه قد حكم بعدم الصحة مع عدم الرضا .

وبالجملة فما نقلناه أولا أوفق بالقواعد المقررة بينهم .

قال في المسالك بعد ذكر نحو ذلك : وهذه الاحكام آتية في المزارعة على الارض المذكورة ، فكان ذكرها في بابها أولى من استطراد الحكم الاجنبى ، أو التعميم ، وربما قيل : في هاتين المسألتين أن المنع مخصوص بالاجارة ، أما المزارعة عليها فجائزة ، والفرق ابتناء الاجارة على المعلومية ، لانضباط الاجرة ، فلابد من انضباط المنفعة في مقابلتها ، بخلاف المزارعة ، فان النفقة التى هى الحصة لما كانت مجهولة ، تسومح في مقابلتها من العوض بمالايتسامح في غيرها ، ولا بأس به ، انتهى .

الثالثة ـ قالوا : اذا اشترط في استيجار الارض الغرس فيها والزرع معاً فلا بدمن تعيين مقدار كل واحد منهما .

أقول : والوجه في لزوم الشرط المذكور عموم الا دلة الدالة على وجوب الوفاء به ، والوجه في وجوب التعيين في الزرع والغرس هواشتراط العلم ، وعدم الجهل الموجب للغرر لما علم من تفاوت ضرريهما ، فان الغرس أضر على الارض وافراد المغروسات ، وكذا افراد المزروعات متفاوتة في الضرر شدة وضعفاً ، وحينئذ فلابد من تعيين أفرادها ، وكذا لو استأجر لغرسين أو لزرعين ، فان الحنطة أضر من الشعير ، والمغروسات تختلف باعتبار سريان العروق في الارض ، ونحو ذلك فلابد من التعيين لما عرفت ، قيل : واشتراطه في الاجارة ظاهر ، كما اذا آجره الارض للزراعة والغرس .

وأما في المزارعة فبان يكون شرط في المزارعة غرس اشجار له ، كما نقل عن المحقق الثاني ، وربما قيل : بأنه كما يجب التعيين في المتفاوتين في الضرر ، يحتمل أيضاً في غير المتفاوتين ، خصوصاً في المزارعة لما تقدم ، من أن الغرض المطلوب منها الحصة ، ومعلوم تفاوتها بتفاوت أفراد المزروعات .

قال في المسالك : ويمكن حمل الاطلاق على جعل كل واحد منهما في نصف الارض ، لان المتبادر من لفظ الشريك التسوية كما في نظائره ، ولان مقتضى الاجارة لهما أن يكون المنفعة المطلوبة من كل واحد منهما نصف فضل الجميع بحسب التنصيف لئلا يلزم الترجيح من غير مرجح ، وهذا هو الاقوى وحينئذ فلايجب التعيين ، انتهى .

وماادعاه من أن المتبادر من لفظ الشريك التسوية ، وأن اشتهر ذلك في كلام غيره أيضا ، الا أنه قد تقدم ضعفه ، بل هو أعم مما ذكره ، وقوله أيضاً فلايجب التعيين ، بناء على الفرض الذى ذكره محل اشكال ، مع تفاوت أفراد المغروسات والمزروعات ، فانه مع فرض نصف تلك الارض للغرس ، والنصف الاخر للزرع

متى كانت أفراد كل منهما متفاوتة في الضرر ، جرى في هذا النصف ماجرى في أصل الارض المفروضة في الكلام السابق مما اقتضى وجوب التعيين ، ثم انه قال : هذا كله اذا استأجرها مطلقا ، أما لو استأجرها لينتفع بها بما شاء منها ـ صح وتخير ، لان ذلك تعميم في الافراد ، وقدوم على الرضا بالاضر ، ويبقى الكلام في تعيين النوع الواحد من الزرع والغرس واطلاقه ماتقدم ، انتهى .

الرابعة ـ اختلف الاصحاب فيما اذا استأجر أرضاً مدة معينة ليغرس فيها مايبقى بعد المدة غالباً ، فقيل : انه يجب على المالك ابقاؤه ، يعني بالاجرة ، أو ازالته مع الارش .

وقيل : انه له ازالته كما لو غرس بعد المدة ، وبالاول صرح المحقق في الشرايع والعلامة في الارشاد ، ونقل عن فخر المحققين ، وبالثاني صرح شيخنا الشهيد الثاني في المسالك .

وعلل الاول من القولين المذكورين بأن المستأجر غير معتد بالزرع ، لانه مالك المنفعة تلك المدة ، فله الزرع ، وذلك يوجب على المالك ابقاءه ، لمفهوم قوله(١) (عليه السلام) « ليس لعرق ظالم حق » قال فخر المحققين : أجمع الاصوليون على دلالة المفهوم من هذا الحديث ، وان اختلفوا في دلالة مفهوم الوصف في غيره ، لكن لما لم يكن له في الارض حق بعد المدة ، لانقضاء الاجارة ، جمع بين الحقين بابقائه ، بالاجرة أو قلعه بالارش .

وعلل القول الثاني بأن المستأجر دخل على أن لا حق بعد المدة ، لان منفعة المدة هي المبذولة في مقابلة العوض ، فلا يستحق بالاجارة شيئاً آخر ، فللموجر قلعه مجاناً كما لو غرس المستأجر بعد المدة .

قال في المسالك : هذا هو الاقوى ، ثم قال في الجواب عما تقدم : وعدم تعدى المستأجر بزعمه في المدة لايوجب له حقاً بعدها مع اسناد التقصير اليه ، والمفهوم ضعيف ، والاجماع على العمل هنا لم يثبت ، وعلى تقدير صحته نمنع

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٦ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٧ ص ٣١١ باب ٣ ح ١ .

من كونه بعد المدة غير ظالم ، لانه واضع عرقه في أرض لاحق له فيها ، والزام المالك بأخذ الاجرة على الابقاء ، أوتكليفه بالارش على خلاف الاصل ، فلايصار اليه بمثل ذلك انتهى .

وقال المحقق الار دبيلي بعد نقل القول الاول عن المحقق ، والثاني عن الشهيد الثاني « وهو غير بعيد » يعني القول الثاني ثم نقل كلام فخر المحققين ودعواه الاجماع على العمل بمفهوم الوصف في الخبر المذكور مالفظه ، وكان هذا الحديث ثابت عند الكل ، وهو موجود في التهذيب بسند غير صحيح في باب المزارعة فهو دليل على الاول ، لعل منشأ اعتبار المفهوم هنا هو ما ثبت بالعقل والنقل « أن لعرق المحق وغير ظالم حق » وهو كاف ، ولايحتاج الى هذا المفهوم ، وان ذلك ظاهر ولا شك أن العامل غير ظالم ، فلعرقه حق ، اما بأن يخلى بالاجرة أو يقلع بالارش ، وهو جمع بين المصلحتين أيضاً فان لكل منهما دخلا في الابقاء ، ونقضه بمنع الاجماع غير جيد ، وكذا منع كونه بحق بأنه بعد المدة ظالم ، كما فعله في شرح الشرايع ، لانه ثبت بحق ، وان كان المنع الثاني أولا ، ووجه الثاني لايخلو من قوة لما تقدم ، الا أن الاول أحوط وبالنصف أقرب فتأمل انتهى .

أقول : الخبر المشار اليه في كلامهم هنا هو ما رواه الشيخ في التهذيب عن عبدالعزيز بن محمد الدراوردي (١) « قال : سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول : من أخذ أرضاً بغير حقها اوبنى فيها قال : يرفع بناؤه ، ويسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق ثم قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) من أخذ أرضاً بغير حقها كلف أن يحمل ترابها الى المحشر .

وأنت خبير بأن مورد الخبر وسياقه من أوله الى آخره انما هو من اغتصب أرضاً فتصرف فيها ببناء أوغرس مع كونها مملوكة لغيره ، فانه لايملكها بذلك ، بل هي ملك لمن سبق اليها أولا ، وانه يجب عليه أن يدفع بناءه ويزيل غرسه ،

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٦ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٧ ص ٣١١ باب ٣ ح ١ .

للتعليل المذكور فيهما .

ومفهوم هذا التعليل بناء على ماذكرنا أنه لولم يكن مملوكة ولا مستحقة لاحد قبله ، فانه يملكها ويستحقها ، لكون عرقه عرق غيرظالم ، ومرجعه الى كون تصرفه شرعياً ، وبه يظهر الاشكال في انطباق الاستدلال بمفهوم الخبر على المدعى في هذا المقام ، لان التصرف هنا وان كان شرعياً بالنظر الى مدة الاجارة ، فيدخل تحت مفهوم الخبر الا أنه بعد انقضاء المدة وزوال الموجب لصحة التصرف ، لايمكن دخوله تحت المفهوم المذكور ، ومحل البحث والنزاع انما هو هنا ، لافيما تقدم من التصرف في المدة .

فقول المحقق المتقدم ذكره أنه ثبت بالعقل والنقل أن لعرق المحق وغير ظالم حق ، والعامل غيرظالم ، فلعرقه حق ' ان أراد بالنسبة الى مدة الاجارة فمسلم ، ولكن لايجدي نفعاً وان أراد بعد انقضائها فهو عين البحث ومحل النزاع ، فلايخرج كلامه عن المصادرة ، فان شمول المفهوم المذكور له غير متجه ، اذلاريب انه تصرف في مال الغير بغيراذنه ، ولهذا اضطروا الى القول بالاجرة فراراً مما ذكرناه ، فكيف يدخل تحت المفهوم المذكور ، وانه محق وغير ظالم ، فيكون لعرقه حق .

ولو قيل : ببطلان هذا العقد من أصله لم يكن بعيداً من الصواب : لعدم الدليل عليه بالخصوص ، وخروجه عن مقتضى قواعد الاجارة ، فلا يتناوله عموم أدلتها ، فان من قواعد الاجارة قصرجواز التصرف على مدة الاجارة ، وهذا العقد على هذا الوجه المذكور خارج عن ذلك ، فلا يدخل تحت عموم أدلتها .

واللازم منه على تقدير الحكم بصحته أحد المحذورين ، اما تضرر المستأجر بقلع الغرس مجاناً كماهو مقتضى القول الثاني ، أوجواز التصرف في مال الغير بغير اذنه كما هو مقتضى القول الاول وهو أشد اشكالا .

والالتجاء في المخرج عن ذلك ـ الى ما ذكروه من وجوب تبقيته بالأجرة

أوجواز قلعه بالارش جمعاً بين الحقين ـ انما يصح اذا دل دليل شرعي من كتاب أوسنة أو اجماع ، بنآء على قواعدهم ، ولا شيء من هذه الثلاثة في المقام ، فاللازم منه اثبات حكم بلادليل ، وهومما منعت منه الايات المتكاثرة ، والروايات المتظافرة ، ولوصح الرجوع في ذلك الى العقل لامكن ما ذكروه ، لاندفاع الضررمن الجانبين والجمع بذلك بين الحقين ، ولكن قد علم من الايات القرآنية والسنة النبوية أنه لايجوز بناء الاحكام الشرعية الا على ماظهر منهما من الادلة الواضحة الجلية ، والله العالم .

الحــاق

أقول : ما ورد في الخبر المتقدم من « أنه ليس لعرق ظالم حق » (١) قد ورد مثله من طريق العامة عنه (صلى الله عليه وآله) وهو محتمل لتنوين عرق ، فيكون ظالم صفةله ، واضافة عرق فيكون ظالم مضافاً اليه .

قال في النهاية الاثيرية (٢) وفي حديث احياء الموات « ليس لعرق ظالم حق » هوأن يجيىء الرجل الى أرض قد أحياها رجل قبله ،فيغرس فيها غرساً غصباً ليستوجب به الارض والرواية لعرق بالتنوين وهو على حذف مضاف : أى لذى عرق ظالم ، فجعل عرق نفسه ظالماً والحق لصاحبه ، أويكون الظالم من صفة صاحب العرق ، وان روى عرق ظالم بالاضافة فيكون الظالم صاحب العرق ، والحق للعرق ، وهو أحد عروق الشجرة انتهى .

الخامسة ـ قد صرحوا بأنه تصح المزارعة اذا كان من أحدهما الارض حسب ، ومن الاخر البذر ، والعمل والعوامل ، وكذا لوكان من أحدهما الارض والبذر ومن الاخر العمل ، أوكان من أحدهما الارض والعمل ، ومن الاخر البذر خاصة .

---

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٦ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٧ ص ٣١١ باب ٣ ح ١ .
(٢) النهاية ج ٣ ص ٢١٩ ط القاهرة سنة ١٣٨٥ .

وبالجملة فان هنا أموراً أربعة ، الارض ، والبذر ، والعمل ، والعوامل ، والضابط أن الصور الممكنة في اشتراك هذه الاربعة بينهما كلا أو بعضا جائزة ، لاطلاق الاذن في المزارعة من غير تقييد بكون بعض ذلك بخصوصه من أحدهما .

أقول : ومن الاخبار التي تتعلق بذلك مارواه المشايخ الثلاثة عن ابراهيم بن أبي زياد الكرخي (١) « قال : قلت لابي عبدالله (عليه السلام) أشارك العلج « المشرك » فيكون من عندي الارض والبذر والبقر ، ويكون على العلج القيام والسقي والعمل في الزرع حتى يصير حنطة وشعيراً وتكون القسمة، فيأخذ السلطان حقه ويبقى ما بقي على أن للعلج منه الثلث ، ولي الباقي قال : لا بأس بذلك الحديث .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن يعقوب بن شعيب (٢) في الصحيح عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : سألته عن الرجل يكون له الارض من أرض الخراج فيد فعها الى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل وهو بينهما ، قال: لا بأس ــ الى أن قال ــ : وسألته عن المزارعة فقال: النفقة منك والارض لصاحبها ، فما أخرج الله من شيء قسم على الشطر ، وكذلك أعطى رسول الله (صلى الله عليه وآله) خيبر حين أتوه ، فأعطاهم اياها على أن يعمروها ولهم النصف مما اخرجت » .

وما رواه في الكافي عن سماعة (٣) في الموثق قال : سألته (عليه السلام) عن مزارعة المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر والبقر ، وتكون الارض والماء والخراج والعمل على العلج ؟ قال : لا بأس » ونحوها موثقة (٤) أخرى له

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٧ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢١ ، الفقيه ج ٣ ص ١٥٦ ح ٩ ، لفظ المشرك ليس في الكافي والتهذيب .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٢ باب ١٠ ح ١ و ٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٤ باب ١٢ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ١٩٤ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٤ باب ١٢ ح ٢ .

أيضا . والظاهر من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الى بعض هو ماقد مناه من الضابط المتقدم ، وهو مما لاخلاف فيه ولااشكال ، فيما اذاكان عقدالمزارعة بين اثنين خاصة فانه لاخلاف في الصحة .

وانما الخلاف فيما اذا زاد عليهما ، قال في القواعد بعد ذكر نحو مما ذكرناه في مزارعة الاثنين : وفي صحة البذر من ثالث نظر ، وكذا اذا كان البذر من ثالث ، والعوامل من رابع .

وقال في المسالك بعد ذكر نحو ذلك أيضاً : هذا اذا كانا اثنين خاصة ، فلو جعلا معهما ثالثا وشرطا عليه بعض الاربعة ، أورابعاً كذلك ففي الصحة وجهان : من عموم الامر بالوفاء بالعقود ، والكون مع الشرط ، ومن توقف المعاملة سيما التي هي على خلاف الاصل على التوقيف من الشارع ، ولم يثبت عنه مثل ذلك ، والاصل في المزارعة قصة خيبر ، ومزارعة النبي (صلى الله عليه وآله) اليهود عليها على أن يزرعوها ، ولهم شطر مايخرج منها ، وله (عليه السلام) شطره الاخر ، وليس فيها أن المعاملة مع أكثر من واحد ، وكذلك باقي النصوص التي وردت من طرقنا ، ولان العقد يتم باثنين موجب وهو صاحب الارض ، وقابل ، فدخول مازاد يخرج العقد عن وضعه ، ويحتاج اثباته الى دليل ، والاجود عدم الصحة انتهى .

أقول : لايخفى ما في كلامه (رحمة الله عليه) من تطرق البحث اليه ، والايراد عليه ، أما أولا فان ما استند اليه في منع اكثر من اثنين ـ من توقف هذه المعاملة على التوقيف من الشارع بمعنى دليل خاص ـ فهو خلاف مايستندون اليه في اكثر الاحكام من التمسك بعموم الادلة واطلاقاتها ، كما لايخفى على من له أنس بالاطلاع على أقوالهم ، وخاض في بحور استدلالهم .

وأما ثانياً فان ما ادعاه من أن معاملة النبي (صلى الله عليه وآله) مع أهل خيبر لاتدل على أن المعاملة مع أكثر من واحد من أعجب العجاب عند ذوي

الالباب ،لاستفاضةالاخبار بانه بعدفتح خيبر اقر الارض في أيدى الذين فيها وقاطعهم بالنصف يعني جميع من كان فيها من اليهود لاشخصاً بعينه منهم ، أو اثنين أو ثلاثة مثلا ، ومنها صحيحة يعقوب بن شعيب(١) المذكورة ههنا ، وقوله فيها « أعطاهم اياها على أن يعمروها ولهم النصف مما أخرجت » وفي حديث الكناني (٢) قال : سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول: ان النبي (صلى الله عليه وآله) لما فتح خيبر تركها في أيديهم على النصف ، فلما بلغت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة اليهم، فخرص عليهم فجاؤا الى النبي (صلى الله عليه وآله) فقالوا: انه قد زاد علينا فأرسل الى عبدالله وقال: مايقول هؤلاء ؟ قال: قدخرصت عليهم بشيء ، فان شاؤا يأخذون بماخرصنا وان شاؤا أخذنا ، فقال رجل من اليهود : بهذا قامت السماوات والارض » .

وفي معناه غيره من الاخبار الكثيرة ، فهل ترى هنا بعد ذكرهم بطريق الجمع في هذه الموارد مجالا للحمل على واحد منهم ، بل الظاهر لكل ناظر انما هو دفع الارض اليهم كملا بعدفتحها وأخذها عنوة ، على أن يزرعوها بالمناصفة ، وهذا هو الذي عليه العمل الان في جميع الاصقاع والبقاع وذكر الاثنين في أكثر الاخبار انما خرج مخرج التمثيل ، لاالحصر .

وأما ثالثاً فان كون العقد يتم باثنين موجب وقابل لا ينافي التعدد في جانب كل منهما كما في سائر العقود من بيع وغيره ، بأن يوجب عنه وعن غيره ، ويقبل كذلك فان قيل: انه قدثبت ذلك بدليل من خارج ـ قلنا : وهذا قدثبت بعموم أدلة المزارعة ، ولاسيما قضية خيبر كما عرفت ، على أنك قد عرفت في كتاب البيع أن ماذكروه من العقد المشتمل على الايجاب والقبول بالنحو الذي تقدم ذكره عنهم لا دليل عليه ، وانما الذي دلت عليه الاخبار هو مجرد التراضي

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ ح ٢ ، مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٧ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٩ ح ١ .

بالالفاظ الجارية بينهم ، وكلامه انما يتم على الاول كما هو المشهور بينهم ، مع أنك قد عرفت أنه لا دليل عليه .

قال المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) في هذا المقام : ونعم ما قال وأيضاً لاخصوصية بالاثنين فيجوز بين الثلاثة وما زاد لما تقدم ، وليست المعاملة مطلقاً ، ولاهذه موقوفة على النص الخاص شرعاً ، بل يكفي العموم ، ولهذا ليس في شيء من المعاملات بخصوصه دليل شرعي ، كيف ولو احتاج الى ذلك لاشكل الامر ، فانه معلوم عدم ورود نص في كل صنف صنف من كل معاملة ، مع العلم بالمغايرة بمثل هذه ، أي كون المعاملين أكثر من الاثنين ، وهو الظاهر ولهذا يجوزون النكاح من الزوج فقط ، بأن يكون موجبا وقابلا معاً مع عدم نص بخصوصه فيه مع وجوب الاحتياط في الفروج ، وكذا يجوزون في الطلاق كون المطلق زوجته بالوكالة ، مع عدم دليل بخصوصه ، ومنع البعض الوكالة في الطلاق مع الحضور ، ومنع البعض وكالة النساء خصوصا المطلقة وغيرها مع عدم نص ، بل ورد نص بعدم جواز الاتحاد في النكاح ، وليس لهم دليل الا عموم العقود وصدق النكاح مع عدم ثبوت المنع .

وبالجملة أمثاله كثيرة جداً ولا يشترطون فيه النقل بخصوصه ، وأنه لو شرط لبطل أكثر ما ذكروه ، فقول الشارح في شرح الشرايع بعدم الصحة ــ اذا زاد على الاثنين محتجاً بأن القابل والموجب اثنان فيتم بهما ، ولا يتعدى الى الغير ، وأن دليل المزارعة خبر حكاية خيبر ، وليس فيه غير الاثنين ، وكذا غيره من الاخبار عندنا لما تقدم ــ غير ظاهر ، على أنه ما يظهر من حكاية خيبر وغيرها كونهما اثنين فقط ، بل هو أعم ، بل الظاهر أن أهل خيبر كانوا كثيرين ، فوقع بينه (عليه السلام) وبينهم .

وبالجملة ما ذكره نجده بعيداً جداً وهو أعرف انتهى .

السادسة ــ قال المحقق (رحمة الله عليه) في الشرايع ولو كان بلفظ الاجارة

لم تصح لجهالة العوض ، أما لو آجرها بمال مضمون أو معين من غيرها جاز .

أقول : ماذكره من قوله « ولو كان بلفظ الاجارة لم تصح لجهالة العوض » محتمل لمعنيين أحدهما ـ ماذكره في المسالك قال (قدس سره) : لا اشكال في عدم وقوعها بلفظ الاجارة لاختلاف أحكامهما ، فان الاجارة يقتضي عوضاً معلوماً والمزراعة تكفي فيها الحصةالمجهولة ، انتهى .

وحاصله أنه يقصد بالعقد المزارعة ، ولكن يأتي بلفظ الاجارة ، وثانيهما ـ أن يقصد الاجارة لا المزارعة ، لكن جعل الأجرة الحصة ، فانه لا يصح هذه الاجارة ، لوجوب العلم بالعوض في الاجارة ، والعوض هنا انما هو الحصة ، وهي مجهولة ، والظاهر أن هذا هو الاقرب في العبارة بقرينة قوله « أما لو آجرها » الي آخره ، فانه ظاهر في أن المقصود انما هو الاجارة في كل من الموضعين ، لكنه في الاول جعل العوض الحصة ، وهي مجهولة فتبطل الاجارة لزوال شرطها وهو معلومية العوض ، وفي الثاني تصح ، وأيضاً فانه على تقدير أن يكون العقد مقصوداً به المزارعة ، لكن أتى فيه بلفظ الاجارة كما ذكره ليس فيه أزيد من ارتكاب التجوز في التعبير عن المزارعة بلفظ الاجارة ، وهو جائز مع القصد اليه والقرائن الدالة عليه ، واطلاق لفظ الاجارة وارادة المزارعة منه في الاخبار غير عزيز ، ومنه ما في صحيحة أبي المعزا (١) المتقدمة من قوله (عليه السلام) : « أما اجارة الارض بالطعام » فلا تأخذ نصيب اليتيم منه ، الا أن تؤاجرها بالربع والثلث والنصف كما تقدم تحقيق ذلك في الحاق المذكور بعد الشرط الاول من المقام الاول من هذا المطلب .

السابعة ـ في جملة من أحكام التنازع ، منها ـ أن يتنازعا في المدة لما عرفت آنفاً من أن المدة من جملة شروط هذه المعاملة ، وقد عرفت مافيه ، قالوا : فلو تنازعا فيها فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه ، ولاريب أن هذا مقتضى

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٦ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٧ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

القاعدة المتفق عليها نصاً وفتوى ، لان الاصل عدم الزيادة .

وقيّده بعض محققي متأخري المتأخرين بأن لايكذبه العرف ، ولعله أراد بأن يدعي نقصان المدة عن وقت يدرك فيها الزرع يقيناً ، حيث أن المعلوم عادة وعرفاً أن القصد من المزارعة وبذل المال فيها هو الحاصل فلابد أن يكون المدة تبلغ ذلك ولو ظناً ، فاذا ادعى مايوجب نقصانها عن ذلك يقيناً فانه يكذبه العرف ولابأس به ، لما عرفت في غير موضع مما تقدم من بناء الاطلاق على المعروف المتكرر عادة .

ومنها ما لو اختلفا في قدر الحصة ، فانهم صرحوا بأن القول قول صاحب البذر ، وعلل بأن الحصة نماء ملكه ، والاصل بقائه على مالكه حتى يتحقق الانتقال شرعاً ، فكان الحاصل في يد صاحب البذر حيث ثبت أنه له ، والمنازع خارج يدعيه فعليه البيّنة ، وحينئذ فالقول قول صاحب البذر بيمينه ، حيث عدمت البيّنة كما في المدة ، ولو أقام كل واحد منهما بيّنة بني على الخلاف في تقديم بيّنة الداخل أو الخارج ، والمشهور الثاني .

وعلى هذا فالقول قول مالك الارض في تقليل المدة ، والبيّنة بيّنة العامل في دعوى الزيادة ، وكذا القول قول صاحب البذر في قدر الحصة ، والبيّنة بيّنة الاخر ، وهو من لابذر له في ذلك .

وقيل : هنا بالقرعة ، لانها لكل أمر مشكل ، وفيه أنه لا اشكال هنا ، فان من كان القول قوله فالبيّنة بيّنة صاحبه ، كما هو مقتضى النصوص المتفق عليها .

ومنها ما لو اختلفا فقال الزارع : انها في يدى عارية ، فانكر المالك وادعى الحصة أو الاجرة ، ولا بيّنة فالمشهور أن القول قول صاحب الارض في نفي العارية بيمينه ، لانه منكر ، فيقدم قوله في ذلك ، والقول قول الزارع بيمينه في نفي الاجارة أو المزارعة ، لانه منكر لهما ، وحينئذ فيحلف كل واحد منهما على نفي مايدعيه الاخر ، وحيث انتفت الدعويان والحال أن الزارع قد تصرف في أرض غيره وانتفع بها ، فاللازم له أجرة المثل لذلك الزرع الى أوان

تزعه، الا أنهم قيدوا أجرة المثل هنا بما اذا لم تزد على مايدعيه المالك من الاجرة والحصة، والا وجب له ما يدعيه خاصة، لاعترافه بأنه لايستحق سواه، ومرجعه الى أقل الامرين من أجرة المثل والمسمى في العقد.

وقيل: هنا بالقرعة وهو مجهول القائل، ونسبه في التذكرة الى بعض علمائنا وفي المختلف حكاه بلفظ قيل، والشراح أبهموه.

وكيف كان فهو ضعيف كما ذكره غير واحد من أصحابنا، لان القرعة انما هي مع اشكال الحكم، وأما مع بيان وجهه ومعرفة طريقه فلا اشكال، وطريقه هو ماذكروه مما قدمنا نقله عنهم.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن عندى في هذا المقام اشكالا من وجهين: الاول ــ ماذكروه من وجوب أقل الامرين من أجرة المثل وما يدعيه المالك من الحصة أو الاجرة، لما ذكروه من التعليل، فان فيه أولا أن أجرة المثل التي أوجبوها هنا الراجعة الى أقل الامرين كما عرفت انما صاروا اليها بعد الحكم ببطلان الدعويين الاولين من كل من الطرفين بالتحالف، وبطلان مايترتب عليهما، وحينئذ فالحكم بأجرة المثل هنا لاتعلق له باعتراف المالك، لأنه لايستحق أزيد من ذلك، أو يستحق مثلا، وانما فرض المسئلة ــ بعد بطلان الدعويين الاولين ــ فرض ما لو لم يكن شيء من هذين الدعويين، وحينئذ فالواجب انما هو أجرة المثل زادت أم نقصت أم ساوت.

وثانياً ما أورده في المسالك حيث قال: واعلم أنه اذا كان الواجب للمالك بعد يمينه أقل الامرين مما يدعيه وأجرة المثل، وكان الاقل هو ما يدعيه، فلا وجه ليمين الزارع، لانه لو اعترف له بما يدعيه لم يكن لـه أزيد منه، وكذا لو حلف أورد اليمين، وما هذا شأنـه لا فائدة فيه. نعم لو كان ما يدعيه أزيد من أجرة المثل اتجهت فائدة يمين الزارع، لانها تنفي الزائد مما يدعيه المالك عن الاجرة، ولو ردها أو اعترف للزم الزايد انتهى.

ولا يخفى ظهور ورود ما أورده عليهم ، وأما على ما ذكرناه فلا اشكال بحمد الله المتعال .

الثاني : انهم قد صرحوا في هذا الكتاب بهذه المسئلة أعني مسئلة اختلاف الزارع والمالك في العارية والمزارعة والاجارة ، ونقلوا فيها القولين المتقدمين ، ولم يذكروا لهما ثالثاً ، وفي كتاب العارية ذكروا المسئلة وهي اختلاف المالك والمستعير بأن المالك ادعى الاجارة والمستعير العارية ، وذكروا فيها قولين: أحدهما أن القول قول المستعير بيمينه ، لان المالك يدعي الاجرة ، والاصل عدمها .

والثاني أن القول قول المالك في عدم العارية ، فاذا حلف سقط دعوى المستعير ، وثبت عليه أجرة المثل ، ولم ينقلوا القول بالقرعة هناك ، وظاهر الاكثر منهم ترجيح القول الثاني ، وظاهر العلامة في القواعد التوقف ، حيث ذكر القولين المذكورين بطريق الاحتمال في المسئلة ، ولم يرجح شيئاً منهما .

وأنت خبير بأن المسئلة واحدة في الكتابين ، والقولان المذكوران في كتاب العارية يجريان فيما هو مذكور في هذا الكتاب ، واستدل للقول الاول كما ذكره جملة منهم بأنهما قد اتفقا على أن تلف المنافع وقع على ملك المستعير ، وأن تصرفه فيها كان مباحا ، وانما يختلفان في أن ذلك بأجرة أم لا والاصل عدم الاجرة ، فاذا حلف الراكب على نفي الاجرة ثبت ذلك له .

وعلل القول الثاني بأن المنافع أموال كالاعيان فهي بالاصالة لمالك العين ، وادعاء المستعير ملكيتها بغير عوض على خلاف الاصل ، وأصالة برائة الذمة انما تصح من خصوص ما ادعاه المالك ، لا من مطلق الحق ، بعد استيفاء منفعة ملك غيره وحينئذ فيحلف على نفي العارية ، ويثبت له أجرة المثل بالتقريب المتقدم ، وظاهر المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) ، في شرح الارشاد تقوية القول الاول من هذين القولين ، حيث قال بعد ذكر التحالف من الطرفين كما صرحوا به في المسئلة المذكورة في هذا الكتاب : على نحو ما قدمناه ، وان للمالك بعد

ذلك أجرة المثل ، أو أقل الامرين منها ومن المسمى : ما لفظه ،ويمكن أن يقال: لايجوز له يعني المالك أخذ شيء ، لانه ادعى الحصة ، وقد سقطت باليمين ، فان الحق وعوضه لايمكن الاخذ في الدنيا بعد الحلف ، كما هو المقرر عند هم ، ولانه لايدعي عليه الا الحصة ، وقد ثبت شرعاً نفيها ، ولا يدعي غيرها ، ويأخذه هو ، فكيف يكلف الشارع العامل بشيء آخر ، بل قائل بعدمه ، فلا يحتاج الى التحالف ، بأن يحلف المالك بنفي العارية ، اذ ليس للعامل غرض في تلك الدعوى ، بل غرضه نفي الحصة ، وقد نفاها بيمينه .

وبالجملة لاشك أن المدعي هنا هو المالك للحصة فقط ، والعامل منكر ، واذا حلف سقطت ، و ليس للمالك دعوى أخرى ، فان كانت مسموعة عمل بمقتضاها ، وليس للعامل غرض يتعلق بدعوى العارية ، بل غرضه نفي دعوى الحصة وقد حصل ، فلا تحالف فتأمل ، و سيجيء مثله في دعوى الاجارة والعارية ، انتهى .

أقول : لقائل أن يقول : أن الغرض من دعوى العارية هو أنه لما ثبت من الشارع تحريم التصرف في مال الغير الا بوجه شرعي ، والا لكان ذلك موجباً للمؤاخذة دينا و دنيا ، أما في الدين فباستحقاق العقاب ، و أما في الدنيا فباستحقاق العوض ، احتاج العامل الى التعلق بشيء يدفع عنه الامرين ، فتعلق بدعوى العارية لذلك ، و مجرد كون دعوى العامل متضمنا لدفع الحصة وان غرضه من هذه الدعوى ذلك لايخرجه عن كونه مدعياً يترتب عليه ما يترتب على المدعي ، حتى أنه يحصر المدعي في المالك ، وأن العامل منكر خاصة ، وحيث أن المالك ادعى الاجارة وطلب الاجرة المسماة في العقد بزعمه ، وحصل التحالف من الطرفين على نفي الدعويين بطل ما تقدم من الدعويين ، وما يترتب عليهما من الحكمين ، ورجعنا الى أن الاصل حرمة مال المسلم وعصمته عن تصرف غيره الا بوجه شرعي ، وحيث أن العامل قد تصرف بغير وجه شرعي

أوجبنا عليه أجرة المثل لذلك ، سواء زادت عما يدعيه سابقاً أو نقصت كما قد منا ذكره ، وان كان على خلاف ما صرحوا به كما عرفت .

وبالجملة فالمسئلة لخلوها عن النص الواضح محل اشكال ، وللنظر فيها مجال كما عرفت من اختلاف هذه الاقوال .

هـذا كله فيما اذا وقع النزاع والاختلاف بعد تصرف العامل ، واستيفاء المنفعة كلا أو بعضا ، أما لو كان قبل ذلك فانه متى تحالفا انتفت العارية والمزارعة والاجارة ، وحرم على العامل التصرف بلا خلاف ولا اشكال ، و حيث قد ثبت بناء على ما هو المشهور أن اللازم بعد التحالف انما هو أجرة المثل ، وحينئذ فيكون الاختيار في الزرع ببقائه الى أوان الحصاد أو قصله قبل ذلك للزارع ، لما علم من أن أصل الزراعة وقع بوجه شرعي واذن من المالك باتفاق الخصمين ، وانما الخلاف في الاجرة وجوداً و عدماً ، فهو زرع بحق ، فلايجوز للمالك قلعه بغير اذن مالكه ، مع أن ابقائه انما هو بأجرة لامجاناً ، والاجرة ثابتة من وقت الزرع الى وقت ازالته ، سواءكان وقت الحصاد أو قبله ، كذا ذكروه ، وعندي فيه اشكال ، لانه وان كان أصل الزرع بالاذن أعم من أن يكون عارية أو اجارة مثلا ، الا أنه بعد التحالف قد بطل كل من دعوى العارية ودعوى الاجارة ، فكيف ترتب عليهما حكم جواز البقاء ، والحال أنه بعد التحالف قد زال الامر الاول ، وهوالاذن المتفق عليه بل اللازم بمقتضى ذلك جواز قلع الزرع وازالته ، وأجرة المثل انما هي لما مضى من المدة ، الا أن يتفقا على بقائه بأجرة وهو خارج عن محل البحث ، وحينئذ فينبغي أن يجوز للمالك ازالته ان لم يرض ببقائه بالاجرة .

وبالجملة فان الحالين باعتبار التحالف وبطلان الدعويين قد اختلفا ، والاذن انما ثبت سابقاً باعتبار عدم خلو الحال من صحة احدى الدعويين ، ولما ثبت بالتحالف بطلانهما معاً تغير الحكم والله العالم .

ومنها ما لو اختلفا فقال العامل : أنها اعارة ، وقال المالك : انها غصب ، ولم يدع عقداً محللاً كما تقدم ، فالقول هنا قول المالك بيمينه ، لاصالة عدم الاعارة ، وبقاء منافع أرضه على ملكه ، وعدم خروجها عنه بعارية ولا غيرها ، ومتى حلف على نفي دعوى العارية وثبت كون وضع الزرع فيها بغير وجه شرعي تخير المالك بين قلعه وبين مطالبته بأجرة المثل ، لما مضى من المدة ، وأرش الارض ان نقصت ، وطم الحفر ونحو ذلك مما يلزم الغاصب كما يأتي انشاء الله تعالى ـ في كتاب الغصب ، وان اتفقا على بقائه بأجرة جاز .

ونقل في المسالك عن التذكرة أنه يحلف العامل على نفي الغصب ، ولم يذكر يمين المالك ، ورتب باقي الاحكام ، ثم قال : والحق ماذكر هنا من أن الحالف المالك على نفي العارية لا غير ، انتهى .

الثامنة ـ قد صرح الاصحاب من غير خلاف يعرف بأنه يجوز للعامل أن يشارك غيره في العمل بالحصة المعلومة ، وأن يزارع غيره من غير توقف على اذن المالك ، اذا لم يكن شرط عليه العمل بنفسه ، لما سيأتي في الاجارة ان شاء الله .

ولكن لا يسلم الارض الا باذن المالك ، والا كان ضامناً ، كما يأتي في الاجارة أيضاً ، والاصل في ذلك عندهم انه لما كانت المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الارض الى العامل بالحصة المخصوصة ، كان للعامل نقلها الى غيره ، والمشاركة فيها لعموم « الناس مسلطون على أموالهم » (١) فلا يتوقف ذلك على اذن المالك ، اذ لا حق له في المنفعة .

نعم تسليم الارض يتوقف على اذنه كما عرفت ، واشترط بعضهم في جواز مزارعة غيره كون البذر من العامل ، ليكون تمليك الحصة منوطاً به ، وبه يفرق بينه وبين عامل المساقات ، حيث لا يصح له أن تساقي غيره كما سيأتي ان شاء الله تحقيقه في المطلب الثاني ، ولان البذر ان كان من صاحب الارض ، فالاصل أن

---

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ .

لايتسلط عليه الا مالكه، أو من أذن له وهو الزارع.

قال في المسالك: وهو حسن في مزارعة غيره، أما المشاركة فلا، لان المراد بها أن يبيع بعض حصته في الزرع مشاعاً بعوض معلوم، وهذا لا مانع منه لملكه لها فيتسلط على بيعها كيف شاء، بخلاف ابتداء المزارعة، اذ لا حق له حينئذ الا العمل، وبه يستحق الحصة مع احتمال الجواز مطلقاً، لان لزوم عقدها اقتضى تسلطه على العمل بنفسه وغيره، وملكه للمنفعة، والتصرف في البذر بالزرع، وان لم يكن بنفسه، حيث لايشترط عليه الاختصاص، فيجوز نقله الى الغير، كما يجوز الاستنابة.

ويضعف بأن البذر حينئذ ليس ملكا له، وانما هو مأذون في التصرف فيه بالزرع، و به يملك الحصة.

وقد يقال: ان هذا كاف في جواز مزارعة الغير، لانها عبارة عن نقل حقه في ذلك اليه، وتسليطه على العمل، فيجوز كما يجوز له التوكيل فيه والاستنابة وغيرها من الوجوه.

هذا كله اذا لم يشترط المالك العمل عليه بنفسه، والا لم يجز المشاركة ولا المزارعة بحيث يصير العمل أو بعضه متعلقاً بغيره.

ولا يرد أن ذلك يقتضي منع المالك من التصرف في ماله، فيكون منافياً للشرع، « لان الناس مسلطون على أموالهم » لان ذلك حيث لايعارضه حق غيره، والا لم تتم الكلية، ضرورة تخلفه في كثير كالراهن والمفلس، انتهى.

وظاهر المحقق الاردبيلي المناقشة هنا في موضعين: أحدهما ــ في الشرط المنقول عن بعضهم في جواز مزارعة غيره من انه لابد من كون البذر من العامل فلو كان من المالك لم تصح.

وثانيهما في ما ذكره في المسالك في بيان معنى المشاركة من أن المراد بها أن يبيع بعض حصته في الزرع الى آخره قال: واشترط بعض في هذا كون

البذر من العامل ، وبه يفرق بين المزارعة والمساقاة ، حيث لاتجوز المساقاة من المساقي ، وتجوز المزارعة من العامل ، وعموم الادلـة ـ « وتسلط النـاس على أموالهم » ، وتملك المنفعة والحصة مع العمل ، وعدم ظهور مانع ـ يفيد الجواز ولو كان في المساقاة ما يمنع من اجماع ونحوه فهو ، والا فينبغي القول به فيها أيضا ثم انه قيل : في شرح الشرايع : المراد بالمشاركة هو بيـع العامل بعض حصته المعلوم من الحصة التي له من الارض بعوض معين ، وهو انما يكون ببلوغ الزرع أوان البيع ، ويكون الثمن غير العمل على الظاهر ، وظاهر العبارات أعـم من ذلك ، بل غير ذلك ، فانا نفهم أن المراد أن يشارك غيره بأن يعمل معه العمل المشترط بعوض وغـيره ، وكون العوض جزء من حصته ، فكأنه يرجع الى المزارعة في البعض ، أو اجارة شخص لعمل بعوض ، أو استعماله بغير عوض فتأمل ، انتهى .

أقول : وهو يرجع في التحقيق الى ما ذكره أخـيراً في المسالك بقـوله ، وقد يقال : « ان هذا كاف » الى آخره ، ولا بأس به والذى وصل الى من الاخبار المتعلقة بهذا المقام ما رواه المشايخ الثلاثة (رحمة الله عليهم) عن سماعة (١) في الموثق « قال : سألته عن المزارعة قلت : الرجل يبـذر في الارض مائة جريب أو أقل أو أكثر طعاماً أو غيره فيأتيه رجل فيقول : خذ مني نصف ثمن هذا البذر الذى زرعته فـي الارض ، و نصف نفقتك على وأشـركني فيه ، قـال : لا بأس » وزاد في غير الفقيـه « قلت : وان كان الذى يبذر فيه لم يشتره بثمن ، و انما هـو شيء كان عنده ، قال : فليقومه قيمة كما يباع يومئذ فليأخذ نصف الثمن و نصف النفقة ويشاركه » و ما اشتملت عليه الرواية المذكورة أحد انـواع المشاركة وأفرادها ، و ظاهـرها أن البذر والعوامل والعمل كله من الزارع ، وأنـه أعطاه نصف جميع ذلك ، فصار شريكه ، يعمل فيما بقي معه ، ويأخـذ نصف ماشرط له من الحصة ، وهو ظاهر والله العالم .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٣ « وفيه من الطعام » بدل طعاماً ، الفقيه ج ٣ ص ١٤٩ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٥ ح ١ .

التاسعة ـ الظاهر أنه لاخلاف بينهم في أن خراج الارض ومؤنتها على المالك الا مع شرطها أوبعضها على المزارع ، أما الخراج فلانه موضوع على الارض ، كالاجرة لهابل هو أجرة ، حتى أنه روى أنه لوزاد السلطان في الخراج وأخذ من الزارع فالزيادة على المالك ، يجب عليه دفعها اليهم ، لانها انما زيدت على أرضه .

روى ذلك الشيخ في التهذيب عن سعيد الكندى (١) « قال : قلت لابى عبدالله (عليه‌السلام) : اني آجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم قال : اعطهم فضل ما بينهما ، قلت : أنا لا أظلمهم و لم أزد عليهم ، قال : انهم انما زادوا على أرضك » .

وأما المؤنة فذكرها المحقق والعلامة في بعض كتبه اجمالا ، ولم يتنبهوا على ماهو المراد منها ، مع أنهم اطلقوا أن العمل على الزارع أو من شرط عليه .

قال في المسالك : و الظاهر أن المراد بمؤنة الارض هنا ما يتوقف عليه الزرع ، ولايتعلق بنفس عمله وتنميته ، كاصلاح النهر والحائط ونصب الابواب اذا احتاج اليها ، واقامة الدولاب ، وما لايتكرر في كل سنة كما فصلوه في المساقاة ، و المراد بالعمل الذى على الزارع ما فيه صلاح الزرع و بقاؤه مما يتكرر كل سنة ، كالحرث و السقي وآلاتهما ، و تنقية النهر من الحمأة ، و حفظ الزرع وحصاده ونحو ذلك ، انتهى .

هذا مع عدم اشتراطها على الزارع ، أما لو اشترطها المالك على الزارع كلا أو بعضاً تعلقت بالزارع ، الا أن ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك معلومية القدر المشروط وضبطه كلا أو بعضاً ، حيث قال : فان شرط عليه لزم اذاكان القدر معلوماً ، وكذا لوشرط بعضه معيناً أومشاعاً مع ضبطه ، ولوشرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الارض ، لان الشرط لم يتناولها ، ولم يكن معلومة ، فلايمكن اشتراطها ، انتهى .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٨ ح ٦١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١١ ح ١٠ .

أقـول : المفهوم مما حضرني من الاخبار المتعلقة بهذه المسئلة خلاف ما ذكره (رحمه الله) وهو مارواه في الكافي والتهذيب عن داود بن سرحان (١) في الصحيح « عن أبي عبدالله (عليه‌السلام) في الرجل يكون له الارض عليها خراج معلوم ، وربما زاد و ربما نقص فيدفعها الى رجل أن يكفيه خـراجها و يعطيه مأتي درهم في السنة ، قال : لابأس » و رواه الصـدوق في الفقيه عـن يعقوب بن شعيب (٢) عن أبي عبدالله (عليه‌السلام) مثله .

وما رواه في الكافي عن يعقوب بن شعيب (٣) في الصحيح عـن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : سألته عـن الرجل تكـون لـه الارض مـن أرض الخـراج فيدفعها الى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ، ويؤدى خراجها ، وماكان من فضل فهو بينهما ، قال : لابأس » .

وهذه الاخبار كماترى ظاهرة في عدم ضرر جهالة الشرط المذكور هنا ، سيما الخبرين الاولين ، بل ورد ما هو أظهر اشكالا من ذلك مما يدل على جواز قبالة الارض واجارتها بما عليها من الخراج قل أو كثر .

كما رواه في الكافي عن ابراهيم بن ميمون (٤) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه‌السلام) عن قرية لاناس من أهل الذمـة لا أدرى أصلها لهم أم لاغير أنها في أيديهم ، و عليهم خراج ، فاعتدى عليهم السلطان ، فطلبوا الى فأعطـوني أرضهم وقريتهم أن اكفيهم السلطان بما قل أو كثر ففضل لي بعد ذلك فضل ، بعد ماقبض السلطان ما قبض قال : لا بأس بذلك لك ماكان من فضل » .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٦ ح ١٤ ، الـوسائل ج ١٣ ص ٢١١ ح ١ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٥٤ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١١ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٠ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٢ ح ٢ .

وما رواه الشيخ في الصحيح عن داودبن سرحان (١) قال : سألت اباعبدالله (عليه السلام) عن القوم يدفعون أرضهم الى رجل فيقولون له كلها واد خراجها ، قال : لابأس به ، اذاشاءوا أن يأخذوها أخذوها » .

وما رواه في الفقيه عن ابي الربيع (٢) « قال : قال أبوعبدالله (عليه السلام) في رجل يأتي أهل قرية وقد اعتدى عليهم السلطان وضعفوا عن القيام بخراجها ، والقريـة في أيديهم ولايدرى هى لهم أم لغير هم فيها شيء ، فيدفعونها اليه على أن يؤدى خراجها فيأخذها منهم ويؤدى خراجها ، ويفضل بعد ذلك شيء كثير ، فقال : لا بأس بذلك اذاكان الشرط عليهم بذلك » .

وهي ظاهرة في جهالة مال الاجارة ، اذ ليس لهذه الاخبار محمل على غير الاجارة ، وهذه الاخبار مما يؤيد القول بالاكتفاء بمعلوميتها في الجملة ، خلافاً لظاهر المشهور من اشتراط معلوميتها تفصيلا بالكيل لو كانت مكيلة ، و الوزن كذلك و نحو ذلك ، و سيأتي تحقيق المسئلة ـ ان شاءالله تعالى ـ في محلها والله العالم .

العاشرة ـ قد صرحوا بانه في كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعـة ، فانـه يجب لصاحب الارض أجـرة المثل ، و هـو مبني على ما اذا كان البذر من الزارع ، لان الحاصل حينئذ يكـون له ، حيث أنـه نماء بذره ، و يجب لصاحب الارض عليه أجـرة مثله ، لتصرفه فيها وأخذه منفعتها من غـير أن يكـون ذلك تبرعاً ولابتعيين أجرة ، فيلزم العوض وهو أجرة المثل .

وأما لو كان البذر لصاحب الارض فان النماء يكـون له لما عرفت ، وعليه للعامل أجرة المثل بالنسبة الى العمل ، والعوامل والالات .

ولو كان البذرمنهما معاً أنصافا مثلا ، فالحاصل بينهما كذلك ، ولكل منهما

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ٦٤ لكن عن أبي بردة بن رجا ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٢ ح ٣.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٥٨ ح ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٢ ح ٤ .

على الاخر أجرة مايخصه على نسبة ماللاخر من الحصة ، فلو كان البذر بينهما أنصافاً كما فرضناه رجع المالك بنصف أجرة أرضه على العامل ، ورجع العامل على المالك بنصف أجرة عمله وعوامله وآلاته .

وعلى هذا القياس لو كان البذر من ثالث بناء على جواز المزارعة مع الزيادة على اثنين ، فان الحاصل له ، و عليه أجرة المثل بالنسبة الى الارض لصاحبها ، وأجرة المثل لعاملها بالنسبة الى عمله وعوامله وآلاته والله العالم .

الحادية عشر ـ قد صرحوا بأنه يجوز لصاحب الارض أن يخرص على الزارع ، والزارع بالخيار في القبول والرد فان قبل كان استقراره مشروطا بالسلامة ، فلو تلف الزرع بآفة سماوية أو أرضية لم يكن عليه شيء .

أقول : اما جواز الخرص وتخيير الزارع بين القبول و عدمه فيدل عليه جملة من الاخبار ، مضافاً الى ظاهر اتفاق الاصحاب ، ومنها أخبار خيبر ، وقد تقدم في المسئلة الخامسة خبر الكناني ، الدال على خرص عبدالله بن رواحة عليهم ، وتخييرهم .

ومثلها صحيحة يعقوب بن شعيب (١) عن أبي عبدالله (عليه‌السلام) و فيها فلما بلغت الثمرة أمر عبدالله فخرص عليهم النخل ، فلما فرغ منه خيرهم فقال : قد خرصنا هذا النخل بكذا صاعاً فان شئتم فخذوه وردوا علينا نصف ذلك ، وان شئتم أخذناه و أعطينا كم نصف ذلك ، فقال اليهود بهذا قامت السموات والارض .

وأما ان ذلك يكون لازماً له بعد القبول ، وبموجب ذلك يكون الزيادة له والنقص عليه فيدل عليه مارواه في الكافي والفقيه (٢) عن محمد بن عيسى عن بعض أصحابه ، « قال : قلت لابي الحسن (عليه السلام) : ان لنا أكرة فنزارعهم فيجيؤن ويقولون لنا : قد حزرنا هذا الزرع بكذا وكذا فأعطوناه ، و نحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحزر فقال : وقد بلغ ؟ قلت : نعم قال :

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠ ح ٥

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٨٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩ ح ٤ .

لا بأس بهذا ، قلت : فانـه يجيء بعد ذلك فيقول لنا : ان الحزر لـم يجـيء كما حزرت وقد نقص ، قال : فاذا زاد يرد عليكم ؟ قلت : لا قال : فلكم أن تأخـذوه بتمام الحزر كما أنه اذا زادكان له كذلك اذا نقص كان عليه .

وما رواه الشيخ في الموثـق عـن محمدبن مسلم (١) عـن أبي جعفر وأبي عبدالله (عليهما السلام) « قال : سألته عن الرجل يمضي ماخرص عليه في النخل؟ قال : نعم ، قلت : أرأيت ان كان أفضل مما خرص عليه الخارص أيجزيـه ذلك ؟ قال : نعم » .

وقـد صرح الاصحاب بأن محل الخرص بعد بلوغ الغلة ، وهـو عبارة عن انعقاد الحب ، واليه يشير قوله فيصحيحة يعقوب المذكورة « فلما بلغت الثمرة» وقوله في مرسلة محمدبن عيسى قال « وقد بلغ قلت : نعم قال : لابأس » .

وأما ان استقراره مشروط بالسلامة بمعنى أنه لوتلفت الغلة بآفة من جهة الله تعالى فلاشـيء عليه ، ولو تلف البعض فبالنسبة ، فالاخبار خالية منه ، مـع ظهور منافاة ذلك الحكم باللزوم بعد القبول كما عرفت ، الا أن ظاهر الاصحاب عدا ابن ادريس الاتفاق على الحكمين المذكورين .

قال فيالمسالك ــ بعد أن ذكر أنالمشهور ان لزوم العوض فيه مشروط بالسلامة ــ ما لفظه والحكم بذلك هوالمشهور بينالاصحاب ، ومستنده غيرواضح وحكمه لايخلو من اشكال ان لـم يكن انعقد عليه الاجماع ، وانى لهم به ، وانما هـو شيء ذكره الشيخ في بعض كتبه ، وتبعه عليه الباقون معترفـين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم ، انتهى .

وهو كما ترىظاهر فيتوقفه فيالحكمبذلك ،وظاهر المحقق الاردبيلي(قده) الميلالىذلك بتكلف بالوجوه المصححةله حيث قال : ووجه توقفه على السلامة منالافات السماوية والارضية أنه بمنزلة معاملة مشترطة بقبض العوض ، ووصوله

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٥ ح ٥١ . الوسائـل ج ١٣ ص ٢٠٦ ح ٣ .

الى يد صاحبه ،فلو لم يسلم لم يحصل ذلك كالمبيع اذا تلف قبل القبض ، الى أن قال : فالحكم غير خال من وجه مع شهرته ، بل كاد أن يكون اجماعاً ، اذ المخالف غير ظاهر مع التتبع ، غير ما نقل عن ابن ادريس رحمه الله ، من منع هذه المعاملة .

وهو غير جيد للنصوص المتقدمة وعموم أدلة العقود والشروط نعم قد يحصل التردد في بعض اللوازم ، مثل توقفه على السلامة ، مع كونه لازما ، على ذلك غير بعيد لما قد مناه مع عدم الخلاف من القائلين به فتأمل ، انتهى .

وبالجملة فان الحكم المذكور محل الاشكال لما عرفت من ظهور الاخبار في لزوم هذه المعاملة وصحتها ،وقضية ذلك ان ذهابه بالآفة من مال المتقبل خاصة ، مع ظهور اتفاقهم على خلافه كما عرفت .

وقال في المسالك بعد ذكر تخيير الزارع في القبول وعدمه : مالفظه وعلى تقدير قبوله يتوقف نقله اليه على عقد ـ كغيره من الاموال ـ بلفظ الصلح أو التقبيل على ما ذكره الاصحاب .

أقول : لايخفى أن غاية ما يفهم من الاخبار المتقدمة التي هي المستند في هذه الاحكام هو حصول التراضي بينهما كيف اتفق ، كما هو القدر المحقق من الاخبار في سائر العقود التي اشترطوا فيها ما اشترطوه من القيود الكثيرة ، نعم يمكن القول بكون ذلك من قبيل الصلح ، فانه كما تقدم تحقيقه ، لا شرط فيه زيادة على ما يدل على التراضي بينهما بالالفاظ الجارية في المحاورة في ذلك المقام .

اذا عرفت ذلك فاعلم انه قد قال الشيخ في النهاية : ومن زارع أرضاً على ثلث أوربع وبلغت الغلة جاز لصاحب الارض أن يخرص عليه الغلة ، ثمرة كانت أو غيرها ، فان رضي المزارع بماخرص أخذها وكان عليه حصة صاحب الارض ، سواء نقص الخرص أو زاد ، وكان له الباقي ، فان هلكت الغلة بعد الخرص بآفة سماوية لم يكن عليه للمزارع شيء انتهى ، وعلى هذه المقالة وما تضمنته من

جميع الاحكام جرى الاصحاب ممن تأخر عنه .

وقال ابن ادريس : الذى ينبغى تحصيله انه لايخلو أن يكون قد باعه حصته من الغلة والثمرة بمقدار مافى ذمته من الغلة والثمرة ، أو باعه الحصة بغلة من هذه الارض ، فعلى الوجهين معاً البيع باطل ، لانه داخل فى المزابنة والمحاقلة ، و كلاهما باطلان وان كان ذلك صلحاً لا بيعاً فان ذلك بغلة وثمرة فى ذمة الاكار الذى هو الزارع فانه لازم له ، سواء هلكت الغلات بالآفة السماوية أو الارضية ، و ان كان ذلك الصلح بغلة من تلك الارض ، فهو صلح باطل لدخوله فى باب الغرر ، لانه غير مضمون فان كان ذلك فالغلة بينهما سواء ، زاد الخرص أو نقص ، تلفت منهما أو سلمت لهما ، فليلحظ ذلك ، فهو الذى يقتضيه اصول مذهبنا ، وتشهد به الادلة فلا يرجع عنها بأخبار الاحاد التى لا توجب علماً ولا عملا ، انتهى كلامه .

أقول : لايخفى ان هذه الاصول التى يستند فى غير مقام اليها والادلة التى تبنه بالاعتماد عليها ان كانت من الاخبار المعلومة من الائمة الاطهار (عليهم السلام) فهى لاتخرج عما رده هنا من هذه الاخبار ، لان الجميع مشترك فى نسبته اليهم ، وثبوته عنهم (عليهم السلام) فان سماها أخبار آحاد ، لم ينقل عنهم فى حكم من الاحكام الفقهية أخبار بطريق التواتر ، ليكون مقابلة لهذه الاخبار ، بل ليس الا هذه الاخبار المروية فى الكتب الاربعة المشهورة ونحوها ، وان سماها بما ذكره ، و ان كانت من القرآن فمن المعلوم بطلانه ، لان القرآن لم يتضمن أمثال هذه الجزئيات والخصوصيات ، وان كان الاجماع فهو غير حقيق بالاستماع ، ولا جدير بالاتباع ، وليس فيه الا تضييع المداد ، و تكثير السواد كما لايخفى على أدنى ذى مسكة من العباد ، فضلا عن ذى الفهم النقاد .

و من الاخبار الزائدة على ما قدمناه صحيحة الحلبى (١) عن أبى عبدالله

(١) الكافى ج ٥ ص ٢٦٦ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٨ ح ٢ .

(عليه السلام) أن أباه حدثه أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أعطى خيبر بالنصف أرضها ونخلها فلما أدركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحه وقوم عليهم قيمة فقال لهم : اما أن تأخذونه وتعطوني نصف الثمن ، واما أن أعطيكم نصف الثمن وآخذه ، فقالوا : بهذا قامت السماوات والارض ».

على أن لقائل أن يقول أنه لادليل على انحصار النقل في هذه العقود المشهور بينهم من البيع والصلح ونحوهما ، لوجود جملة من المواضع قد دلت الاخبار على حصول النقل فيها مع خروجها عن هذه المواضع ، كالاخبار الدالة على جواز قبالة الارض بما عليها من الخراج ، وقد تقدمت في المسألة التاسعة والاخبار الدالة على جواز قبالة الارض لمن يعمرها ويؤدى خراجها ويأكل حاصلها ، وقدمت في الشرط الثاني من شروط المزارعة ، فلتكن هذه الاخبار هنا من قبل ذلك ، وان أمكن ادراج الجميع في الصلح ، اذ لادليل على تخصيصه بما اصطلحوا عليه وخصصوا به من الشروط .

وبالجملة فانه حيث تكاثرت الاخبار بصحة هذه المعاملة واستحقاق ذلك بعد التخيير والقبول ووجوب دفع الحصة المشترطة على المتقبل ، فانه لايلتفت الى كلامه ، وانما يبقى الاشكال فيما ذكروه من اشتراط السلامة كما عرفت والله العالم .

الثانية عشر ـ نقل في المختلف عن ابن الجنيد أنه قال : لو استحقت الارض كان للمالك أن يطالب الزارع بقلع الزرع ، الا أن يكون في ذلك ضرر على أهل الزكاة وغيرهم ، بتلف حقوقهم منه ، فان ضمنه رب الارض لهم وقلع الزرع كان مخيراً بين أن يأخذ الجزء منه على تلك الحال ، وبين أن يضمن الذى غرّ الزارع قيمة نصف الزرع ثابتاً وسلم الزرع كله اليه .

ثم اعترضه فقال : والوجه أن للمالك قلع الزرع مطلقاً وان تضرر أرباب الزكاة ، ويأخذ أرباب الزكاة نصيبهم من العين ، اذا تعلقت بها الزكاة ، وله الرجوع

في الزرع بالاجرة ويرجع الزارع على الغار ، انتهى وهو جيد .

الثالثة عشر ـ روى ثقة الاسلام في الكافي والشيخ في التهذيب عن عبدالله بن سنان (١) في الصحيح ، انه قال : في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره ، فيقول ثلث للبقر ، وثلث للارض ، وثلث للبذر ، قال : لا يسم شيئاً من الحب والبقر ، ولكن يقول: ازرع فيها كذا وكذا ان شئت نصفاً وان شئت ثلثا » .

وعن سليمان بن خالد(٢) في الصحيح « قال : سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن الرجل يزرع أرض آخر فيشترط للبذر ثلثا وللبقر ثلثا ؟ قال : لا ينبغي أن يسمي بذراً ولا بقراً فانما يحرم الكلام » .

وروى الشيخ في التهذيب عن أبي الربيع الشامي(٣) عن أبي عبدالله(عليه السلام) مثل الخبر الثاني: وزاد قبل قوله « وانما يحرم الكلام » « ولكن يقول لصاحب الارض: ازرع في أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أو ثلث أو ماكان من شرط ولا يسمي بذراً ولا بقراً » .

وروى في الفقيه عن أبي الربيع (٤) « عن أبي عبدالله (عليه السلام) في الرجل يزرع أرض رجل على أن يشترط للبقر الثلث ، ولصاحب الارض الثلث ، فقال : لا ينبغي أن يسمي بقراً ولا بذراً ، ولكن يقول لصاحب الارض : ازرع في أرضك ولك كذا وكذا مما أخرج الله تعالى » .

وروى في الكافي في الصحيح عن الحلبي (٥) « قال: سئل أبو عبدالله(عليه السلام) عن الرجل يزرع الارض فيشترط للبذر ثلثاً وللبقر ثلثا ؟ قال : لاينبغي أن يسمي شيئاً فانما يحرم الكلام » .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٧ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٧ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٠ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٧ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٠ ح ٦

(٣) التهذيب ح ٧ ص ١٩٤ ح ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠١ ح ١٠

(٤) الفقيه ح ٣ ص ١٥٨ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠١ ح ١٠

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٦٧ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٩ ح ٤ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أقول : وهذه الاخبار قد اشتركت في الدلالة على تحريم اشتراط شيء للبقر والبذر كما عرفت ، ولم أقف على قائل بذلك الا في كلام ابن الجنيد وابن البراج .

قال ابن الجنيد : ولا بأس باشتراك العمال بأموالهم و أبدانهم في مزارعة الارض واجارتها ، اذا كان على كل واحد قسط من المؤنة والعمل ، وله جزء من الغلة ، ولايقول أحدهم : ثلث للبذر ، و ثلث للبقر ، و ثلث للعمل ، لان صاحب البذر يرجع اليه بذره ، وثلث الغلة من الجنس ، وهذا ربا ، فان جعلت البذر ديناً جاز ذلك ، وقال ابن البراج : لا يجوز أن يجعل للبذر ثلثا وللبقر ثلثا .

والعلامة في المختلف بعد أن نقل عنهما ذلك واستدل لهما برواية أبي الربيع المروية في التهذيب قال : والوجه الكراهة ، ولا ربا هنا ، اذ الربا انما يثبت في البيع خاصة .

أقول : أنت خبير بان الدليل غير منحصر في رواية أبي الربيع المذكور ، لما عرفت من الروايات الصحيحة الصريحة في التحريم غيرها ، وعدم ظهور الوجه لنا في التحريم لايدل على نفيه فلعل هنا علة لايدركها فهمنا ، على أن ماذكره من اختصاص الربا بالبيع خاصة قد تقدم مافيه ، وأنه ثابت في غيره أيضاً .

قال بعض مشايخنا المحدثين من متأخري المتأخرين في حواشيه على التهذيب : وقوله للبذر ثلثا وللبقر ثلثا يحتمل وجهين ، أحدهما أن يكون اللام للتمليك ، فالنهي لكونهما غير قابلين للملك ، وثانيهما أن يكون المعنى ثلث بازاء البذر ، وثلث بازاء البقر ، فالنهي لشائبة الربا في البذر ، وقال العلامة في المختلف : بالكراهة ، وابن البراج وابن الجنيد ذهبا الى الحرمة ، ولايخلو من قوة ، انتهى .

تتميم نفعه عميم في استحباب المزارعة والغرس ، وما يقال ويفعل وقت الحرث والزرع ونحو ذلك قد استفاضت الاخبار باستحباب الزرع ، فروى

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

المشايخ الثلاثة عن سيابة (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : سأله رجل فقال له : جعلت فداك أسمع قوماً يقولون : ان الزراعة مكروهة ، فقال : ازرعوا واغرسوا فلا والله ما عمل الناس عملا أحل ولا أطيب منه ، والله ليزر عن الزرع وليغرسن النخل بعد خروج الدجال » .

وروى في الكافي والفقيه عن محمد بن عطية (٢) قال : سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول : ان الله تعالى اختار لانبيائه الحرث و الزرع كيلا يكرهوا شيئاً من قطر السماء » وزاد في الفقيه (٣) « وسئل عن قول الله تعالى « وعلى الله فليتوكل المتوكلون » قال : الزارعون .

وروى في الكافي عن سهل (٤) رفعه « قال : قال أبوعبدالله (عليه السلام) : ان الله جعل أرزاق أنبيائه في الزرع والضرع لئلا يكرهوا شيئا من قطر السماء» .

وعن مسمع (٥) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : لما هبط آدم (عليه السلام) الى الارض احتاج الى الطعام والشراب فشكى ذلك الى جبرئيل (عليه السلام) فقال له جبرئيل : يا آدم كن حراثا قال : فعلمني دعاء قال : قل : أللهم اكفني مؤنة الدنيا وكل هول دون الجنة ، وألبسني العافية حتى تهنئني المعيشة » .

وروى في الكافي مرسلا (٦) « قال : روى أن ابا عبدالله (عليه السلام) قال : الكيمياء الاكبر الزراعة » .

وعن يزيد بن هارون الواسطي (٧) قال : سألت جعفر بن محمد (عليهما السلام)

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٣٦ ح ٥٣ ، الفقيه ج ٣ ص ١٥٨ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٠ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ٣ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٦٠ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ٤ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٦٠ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ٢ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٦٠ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٤ ح ٥ .

(٦) الكافي ج ٥ ص ٢٦١ ذيل ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٤ ح ٨ .

(٧) التهذيب ج ٦ ص ٣٨٤ ح ٢٥٩ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢٥ ح ٣ .

عن الفلاحين فقال هم الزارعون كنوز الله في أرضه ، وما في الاعمال شيء أحب الى الله من الزراعة ، وما بعث الله نبياً الا زراعاً الا ادريس فانه كان خياطاً .

وعن يزيد بن هارون (١) « قال : سمعت أباعبد الله (عليه السلام) يقول : الزارعون كنوز الانام يزرعون طيباً أخرجه الله عزوجل ، وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً وأقربهم منزلة يدعون المباركين .

وروى في الكافي عن السكوني (٢) « عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : سئل النبي (صلى الله عليه وآله) أي المال خير ؟ قال : الزرع زرعه صاحبه ، وأصلحه وأدى حقه يوم حصاده ، قال : فأي المال بعد الزرع خير ؟ قال : رجل في غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم الصلوة ، ويؤتي الزكاة ، قال : فأي المال بعد الغنم خير ؟ قال : البقر تغدو بخير وتروح بخير ، قال : فأي المال بعد البقر خير ؟ قال : الراسيات في الوحل والمطعمات في المحل . نعم الشيء النخل من باعه فانما ثمنه بمنزلة رماد على رأس شاهق اشتدت به الريح في يوم عاصف إلا أن يخلف مكانها ، قيل : يارسول الله فأي المال بعد النخل خير ؟ قال : فسكت قال : فقام اليه رجل فقال له : يارسول الله فأين الابل ؟ قال : فيها الشقاء والجفاء والعناء وبعد الدار ، تغدو مدبرة وتروح مدبرة ، لايأتي خيرها إلا من جانبها الأشأم ، أما أنها لاتعدم الأشقياء الفجرة » .

ورواه الصدوق في الفقيه مرسلا (٣) قال : سئل النبي صلى الله عليه وآله الحديث ، ثم قال : معنى قوله لايأتي خيرها الا من جانبها الاشأم هو أنها لاتحلب ولاتركب الا من الجانب الايسر .

وفي معاني الاخبار (٤) يقال لليد الشمال : الشوم ، منها قال الله تعالى

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٠ و ٢٦١ ح ٧ و ٦ الوسائل ج ١٣ ص ١٩٤ ح ٧ ــ الوسائل ج ٨ ص ٣٩٢ ح ١ .

(٣) الفقيه ج ٢ ص ١٩٠ ح ٦ .

(٤) معاني الاخبار ص ٣٢٢ ط طهران ١٣٧٩ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

« وأصحاب المشأمة » (١) يريد أصحاب الشمال .

وقال في الوافي : ومعنى قوله « لاتعدم الاشقياء الفجرة » أن الابل لاتزال تجد اشقياء يتخذونها ، انتهى .

ونحوه نقل عن بعض المشايخ أيضا حيث قال : أريد أنه من جملة مفاسد الابل أنه يكون معها غالبا الاشقياء الفجرة ، وهم الجمالون الذين هم شرار الناس ، انتهى .

أقول : قد روى الصدوق في كتابي الخصال ومعاني الاخبار (٢) عن الصادق (عليه السلام) قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) : الغنم اذا أقبلت أقبلت واذا أدبرت أقبلت ، والبقر اذا أقبلت أقبلت ، واذا أدبرت أدبرت ، والابل أعنان الشياطين اذا أقبلت أدبرت واذا أدبرت أدبرت ولا يجيء خيرها الا من جانبها الا شأم ، قيل يا رسول الله : فمن يتخذها بعد ذا قال : فأين الاشقياء الفجرة » .

وحينئذ فالظاهر حمل اجمال الخبر الاول على هذا الخبر ، ويكون حاصل المعنى في الخبر الاول أن هذا الكلام مني لايصير سببا للناس في ترك اتخاذها ، فانه يتخذها الاشقياء الفجرة .

و روى في الكافي عن شعيب العقرقوفي (٣) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : اذا بذرت فقل اللهم قد بذرنا وأنت الزارع واجعله حباً متراكما » .

وعن بكير في الحسن (٤) « قال : قال أبوعبدالله (عليه السلام) : اذا أردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضة من البذر واستقبل القبلة ، وقل : « أفرأيتم ماتحرثون ، ءأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون » (٥) ثلاث مرات ثم تقول بل الله الزارع ثلاث

(١) سورة الواقعة الاية ٩ .

(٢) معاني الاخبار ص ٣٢١ ، الوسائل ج ٨ ص ٣٩٣ ح ٤ ط طهران ١٣٧٩

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٦٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٦٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ٣

(٥) سورة الواقعة الاية ٦٢ و ٦٣

مرات ثم قل : اللهم اجعله حباً مباركا وارزقنا فيه السلامة ، ثم انثر القبضة التى فى يدك فى القراح » .

وعن علي بن محمد (١) رفعه « قال : قال علي (عليه السلام) اذا غرست غرساً أونبتاً فاقرأ على كل عود أوحبة سبحان الباعث الوارث ، فانه لايكاد يخطى انشاء الله تعالى » .

وعن محمدبن يحيى رفعه (٢) عن أحدهما (عليهما السلام) « قال : تقول اذا غرست أوزرعت ومثل كلمة طيبة كشجرة طيبة أصلها ثابت وفرعها فى السماء تؤتى أكلها كل حين باذن ربها » .

وروى الصدوق في كتاب العلل بسنده فيه عن عيسى بن جعفر العلوى (٣) عن آبائه أن النبي (صلى الله عليه وآله) قال : مر أخي عيسى بمدينة فاذا في ثمارها الدود . فسألوا اليه مابهم ، فقال : دواء هذا معكم وليس تعلمون ، أنتم قوم اذا غرستم الأشجار صببتم التراب ، وليس هكذا يجب ، بل ينبغي أن تصبوا الماء فى أصول الشجر ثم تصبوا التراب لكيلا يقع فيه الدود ، فاستأنفوا كما وصف فذهب عنهم ذلك » .

وروى فى الكافى عن ابن عرفه (٤) « قال : قال أبوعبدالله (عليه السلام) : من أراد أن يلقح النخيل اذاكان لايجود حملها ولايتبعل النخل فليأخذ حيتانا صغارا يابسة فيدقها بين الدقتين ثم يذر فى كل طلعة منها قليلا ويصر الباقى فى صرة نظيفة ثم يجعله فى قلب النخلة ينفع باذن الله تعالى » .

وعن صالح بن عقبة (٥) « قال : قال لى أبوعبدالله (عليه السلام) قد رأيت حائطك فغرست فيه شيئاً بعد قال : قلت : قد أردت أن آخذ من حيطانك ودياً

(١) و (٢) الكافى ج ٥ ص ٢٦٣ ح ٥ و ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ٤ و ٥
(٣) علل الشرايع ص ٥٧٤ ح ١ باب ٣٧٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٢ ح ١ .
(٤) و (٥) الكافى ج ٥ ص ٢٦٣ ح ٣ و ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ١ و ص ١٩٨ ح ٢ من باب ٦ .

قال : أفلا أخبرك بما هو خير لك منه ، وأسرع ، قلت : بلى قال : اذا اينعت البسرة وهمّت أن ترطب فاغرسها ، فانها تؤدى اليك مثل الذى غرستها سواء ففعلت ذلك فنبتت مثله سواء » .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

المطلب الثانى فى المساقاة

وهى معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها ، فالمعاملة بمنزلة الجنس ، لتناولها لجميع عقود المعاوضات ، وقولنا على الاصول بمنزلة الفصل ، يخرج به المزارعة ، وقولنا ثابتة لاخراج مالاثبوت لاصله ، وعرقه فى الارض مثل الخضروات ، والورد الذى لم يغرس ، والمغروس قبل ثبوت عروقه واستقرارها ، ونقل فى المختلف عن الشيخ أنه يجوز المساقات على البقل جزة بعد جزة للاصل ، ثم رده فقال : والاقرب المنع ، لانها معاملة على مجهول ، فتصح فى موضع الاجماع ، انتهى .

وقولنا : بحصة من ثمرها يخرج به الاجارة ، فانها وان صحت على الاصول الثابتة لكن لابحصة من الثمرة ، بل بأجرة معينة معلومة أومضمونة ، وهل المراد بالثمرة هنا المعنى المتبادر ، أوما يدخل فيه النماء للشجرة ، فتصح المساقاة على مايقصد ورده ، وورقه ، كشجرة الحنا والتوت اشكال ، ولعل الارجح الاول ، حملا للفظ على المعنى المعهود المتبادر من اللفظ ، فلاتصح المساقاة الا على أصول لها ثمرة متعارفة ، ويؤيده عدم وجود نص فى المساقاة على ماكان كذلك ، والاصل العدم ، وأما دليل صحة هذه المعاملة فالاجماع والنصوص .

و منها صحيحة يعقوب بن شعيب (١) عن أبي‌عبدالله (عليه السلام) و فيها قال : سألته عن الرجل يعطي الرجل أرضه و فيها الرمان والنخل والفاكهة ويقول اسق هذا من الماء و اعمره ولك نصف مما خرج ، قال : لابأس » .

و صحيحة الحلبي (٢) عن أبي‌عبدالله (عليه السلام) « أن أباه حدثه أن رسول‌الله (صلى الله عليه وآله) أعطى خيبر بالنصف أرضها ونخلها » الحديث .

والمراد أنه ، اعطى ارضها بالمزارعة و نخلها بالمساقاة ، ونحوه غيره من أخبار خيبر ، اذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع في فصلين .

الفصل الاول في الاركان :

و هي خمسة ، العقد ، والمحل الذى تقع المساقاة عليه ، والمدة ، والعمل ، والفائدة ، و حينئذ فالبحث يقع في مقامات خمسة :

الاول ـ العقد ، وحيث‌كانت المساقاة عندهم من العقود اللازمة ، صرحوا فيها بما يشترط في غيرها من العقود اللازمة ، كالبيع و أمثاله ، فأوجبوا فيها الايجاب والقبول ، بأن يقول : ساقيتك وعاملتك أوسلمت اليك ، وعقدت معك عقد المساقاة ، وقبلتك عملها ، ونحو ذلك من الالفاظ الدالة على الانشاء بلفظ الماضي .

قالوا : واللفظ الصريح من ذلك لفظ ساقيتك ، و زاد في التذكرة على ما تقدم من الالفاظ أتعهد نخلي بكذا و كذا ، وأعمل فيه كذا و كذا .

قال في المسالك بعد نقل ذلك عنه : و يشكل بما مر في نظيره من عدم صراحة الامر في الانشاء ، ولاوجه لاخراج هذا العقد اللازم من نظائره ، وقد نوقش في الاكتفاء به في المزارعة بلفظ الامر مع الاستناد فيها الى النص ، وهو

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٢ ح ٢

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٦ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٩ ح ٢ .

منتف هنا ، وجريان المعاطات هنا بعيد ، لاشتمال هذا العقد على الغرر وجهالة العوض ، بخلاف البيع والاجارة ، فينبغي الاقتصار فيه على موضع اليقين ، انتهى .

وأنت خبير بما فيه مما أسلفنا بيانه في غير مقام مما تقدم ، ولاسيما في كتاب البيع (١) وبالجملة فالمستفاد من الاخبار على وجه لايعتريه شائبة الانكار ، هو الاكتفاء بالالفاظ الدالة على التراضي بذلك على أى نحو اتفق .

ومنها صحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة ، فان ما اشتملت عليه من قول المالك « اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما خرج » هو عقد المساقاة الذى أو جبوا ترتب أحكام المساقاة عليه ، وهو ظاهر أيضا في أنه يكفي في القبول الرضا الفعلي ، دون القولي كما تقدم نظيره في المزارعة ، و المفهوم أيضا من أخبار خيبر ودفع النبي (صلى الله عليه وآله) أرضها ونخلها لهم بالنصف ، هو مجرد التراضي على ذلك بقول أوفعل بأى نحو كان ذلك .

على أن ما ادعوه من لفظ المساقاة في هذه المعاملة ـ وتسميتها بهذا الاسم فضلا عن كونه أصرح ألفاظها ـ لم يرد في خبر من الاخبار بالكلية ، وانما هو شيء اصطلحوا عليه ، وتبعوا العامة في التسمية بهذا الاسم ، ولفظ المزارعة وان وجد في الاخبار الا أن هذا اللفظ لم نقف عليه في خبر منها بالكلية ، والذى وجدناه من أخبارها هو ماقدمناه وربما أطلق عليها في بعض الاخبار لفظ القبالة .

وبالجملة فان ماذكروه في المقام كما ذكروه في غيره نفخ في غير ضرام لعدم ثبوته في شيء من أخبارهم (عليهم السلام) التي هي المعتمد ، وعليها المعول في النقض والابرام .

تنبيهات :

الاول ـ الظاهر أنه لاخلاف بينهم في أنه يكون عقد المساقاة من العقود اللازمة ، واستندوا في ذلك الى الادلة العامة ، مثل قوله تعالى « أوفوا بالعقود » (٢)

(١) ج١٨ص٣٤٨

(٢) سوره المائدة ـ الاية ١ .

« والمسلمون عند شروطهم »(١) فلا يجوز لاحدهما فسخه الا مع التراضي والتقايل من الطرفين.

نعم ربما يعرض له البطلان بأسباب آخر من خارج، مثل عدم حصول شرط، والبطلان لعدم الانتفاع، مثل انقطاع الماء ونحوه مما تقدم في المزارعة.

الثاني ـ لاخلاف في صحة المساقاة قبل ظهور الثمرة بالكلية، لظهور تأثير العمل في استحقاق الحصة، مضافاً الى عموم الادلة المشار اليها آنفا، وكذا لاخلاف في عدم الصحة بعدم الظهور على وجه لايفيد العمل فيها زيادة.

وانما الخلاف فيها لو كان بعد الظهور، وقد بقي عمل يحصل به الزيادة والنماء في الثمرة، فقيل: بالصحة وهو اختيار المحقق بعد التردد في المسئلة واستجوده في المسالك، وبه صرح العلامة في التذكرة، قال (رحمه الله) في الكتاب المذكور: لاتصح المساقاة على ثمرة قد وجدت وبدأصلاحها، واستغنت عن السقي، ولم يبق لعمل العامل فيها مستزاد اجماعاً، لانها والحال هذه قد ملكها رب البستان، ولم يحصل بالمساقاه زيادة الثمار، والغرض بها تحصيل الثمار أو جودة أنياعها، واذا لم يحصل الغرض، خلا العقد من الفائدة، فيكون باطلا، وأما اذا كانت الثمار قد ظهرت ولم يبد وصلاحها، فان بقي للعامل مافيه مستزاد الثمرة كالتأبير والسقي واصلاح الثمرة جازت المساقاة، تحصيلاً لتلك الفائدة، انتهى.

وأيد القول بالصحة في المسالك أيضاً، قال ولان العقد حينئذ أبعد عن الغرر للوثوق بالثمرة فيكون أولى مما لو كانت معدومة انتهى واليه يميل كلام المحقق الاردبيلي أيضاً، والظاهر أنه المشهور وقيل: بعدم الجواز نظراً الى أن الثمرة اذا ظهرت فقد حصل المقصود فصار بمنزلة القراض بعد ظهور الربح، ولان المقصود من المساقاة ظهور الثمرة بعمله، قال: في المسالك بعد نقل ذلك: وفيها منع

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٢٧ ح ٥، الوسائل ج ١٢ ص ٣٥٣ ح ١.

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ظاهر ، والمسئلة لاتخلومن نوع توقف ، لعدم النص وان كان القول الاول لايخلو من قوة ورجحان ، والله العالم .

الثالث ـ المشهور بين الاصحاب أنه لاتبطل المساقاة بموت المساقي ولا بموت العامل ، ولا بموتهما معاً .

وقال الشيخ في المبسوط : اذا مات أحدهما أو ماتا انفسخت المساقاة ، كالاجارة عندنا ، ومن خالف في الاجارة خالف هنا .

والظاهر هو القول المشهور ، لان ذلك هو مقتضى لزوم العقد حتى يقوم دليل على البطلان ، الا أن يكون المالك قد شرط على العامل العمل بنفسه ، فانها تبطل بموت العامل قبل ظهور الثمرة ، بلا اشكال .

و أما بعد ظهورها فاشكال ينشأ من حصول ملكه ، لما ظهر منها بالعمل السابق ، فلايزول بموته ، ومن أن الظاهر من اطلاق المساقاة هو أن الملك مشروط باكمال العمل ولم يحصل ، فيكون الملك قبل ذلك بمنزلة المتزلزل ، وأطلق جمع من الاصحاب البطلان اذا شرط عليه العمل بنفسه .

وفيه ما عرفت ، ولعله بناء منهم على ما أشرنا اليه من أن ملك الحصة انما يستقر باتمام العمل ، والانسب بما تقدم ـ من جواز المساقاة بعد ظهور الثمرة مع بقاء عمل يحصل به الزيادة فيها كما هو ظاهر المشهور ـ هو الاول من وجهي الاشكال هنا ، لاشتراكهما في التبعض ، وعدم الاكمال .

ثم انه ان كان الميت المالك استمر العامل على عمله ، وقاسم الوارث ، لما عرفت من عدم بطلانها بموت أحد منهما ، وان كان الميت هو العامل ، رجع الامر الى التفصيل المتقدم من أنه مع شرط العمل عليه بنفسه ، هل موته قبل ظهور الثمرة ، أو بعدها ، وقد عرفت الكلام في ذلك .

وانما بقي الكلام فيما لم يشترط عليه العمل بنفسه ، بل هو في ذمته ، فانه يقوم وارثه مقامه في العمل ، الا أنه صرح في المسالك بأنه ليس للمالك منعه

في هذه الحال ، ولا اجباره لو امتنع من العمل ، قال : لان الوارث لايلزمه حق لزم المورث الاما أمكنه دفعه من ماله ، والعمل ليس بمال المورث ، فلايجب على الوارث ، كما لايؤدى الحقوق من مال نفسه ، ثم ان خلف العامل تركة تخير الوارث بين العمل ، وبين الاستيجار عليه من التركة ، فان امتنع منهما استأجر الحاكم عليه من التركة ، فان لم يتفق ذلك تخير المالك بين الفسخ والاتفاق من ماله ، بنية الرجوع كما سيأتي تحقيقه فيما لو هرب العامل ، انتهى .

المقام الثاني – في المحل الذى يرد عليه عقد المساقاة وهو كل أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه ، والمراد بالاصل الثابت كالنخل ، والشجر الذى له ساق ، فلاتصح المساقاة على نحو البطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر والبقول قال في التذكرة : لايثبت المساقاة عليها اجماعاً ، لان أصول هذه لابقاء لها غالباً واضمحلا لها معلوم عادة ، ولا عبرة بالنادر اذاثبت في بعضها .

بقي الكلام هنا في موضعين : أحدهما – مالاثمرة له ، انما له ورق ينتفع به ، أوورد ، أونحو ذلك كالحناء وشجر الورد والتوت ونحوها وقد تردد المحقق في صحة المساقاة على ذلك ، ولم يرجح شيئاً ووجه الشارح في المسالك التردد المذكور بأن منشاؤه من أن هذه المعاملة باشتمالها على ضرب من الغرر ، بجهالة العوض على خلاف الاصل ، فيقتصر بها على محل الوفاق ، وهو شجر الثمر ، ومن أن الورق المقصود كالثمرة في المعنى فيكون مقصود المساقاة حاصلا به ، قال : وفي بعض الاخبار مايقتضى دخوله ، ثم قال : والقول بالجواز لايخلو من قوة ، ومثله مايقصد زهره كالورد ، انتهى ، والعلامة في القواعد بعد أن استشكل في الحكم المذكور مال الى الجواز .

أقول : ماذكره في المسالك من أن في بعض الاخبار مايقتضى دخوله لم أقف عليه ، فان ثبت ذلك فلامعدل عنه ، والا فالحكم مشكل ، وترجيح العدم كما قد منا ذكره في صدر البحث أقرب ، ولم أقف في الاخبار على مايتضمن

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

جواز هذا العقد ، الاعلى الخبرين المتقدمين ، ونحوهما أخبار خيبر ، ومورد الجميع الشجر والنخل .

ويمثل ما ذكرنا صرح المحقق الاردبيلي أيضا ، فقال بعد أن نقل عن المسالك ذلك : مارأيت شيئاً خاصاً الاما يدل على عموم الفواكه في الجملة ، ولعله يريد العمومات كما أشرنا اليه ، لكنها موجودة في الكتاب أيضا ، انتهى .

ثم انه لايخفى أن التوت المذكور مع الحناء في كلامهم وأنه محل الاشكال والتردد ، مراد به الذكر منه ، وهو الذى لايقصد ثمرته ، أما الانثى المقصود منه الثمرة فانه لا اشكال ولا خلاف في جواز المساقاة عليه .

قال في التذكرة : أما التوت الانثى فانه يجوز المساقاة عليه عندنا ، لانه مثمر ، وأما التوت الذكر وما أشبهه مما يقصد ورقه كالحناء وشبهه ففي جواز المساقاة عليه خلاف ، والاقرب جوازها ، لان الورق في معنى الثمرة ، ولكونه مما يتكرر في كل عام ، ويمكن أخذه ، والمساقاة عليه بجزء منه ، فيثبت له مثل حكم غيره ، وكذا شجر الخلاف لاغصانها التي تقصد كل سنة أو سنتين ، والاقرب الجواز في التوت بنوعيه ، وكلما يقصد ورقه أو ورده كالنيلوفر والياسمين والاس واشباه ذلك ، وكذا في فحول النخل ، لان لها طلع يصلح كشاً للتلقيح ، فأشبهه الثمرة .

قال المحقق الاردبيلي بعد نقل ذلك عنه : ولا يبعد قرب ماقربه ، لعموم « أوفوا » (١) و « المسلمون عند شروطهم » (٢) و « لان الناس مسلطون على أموالهم » (٣) فلهم مايفعلون الا ما منع ، ثم أطال بنحو ذلك من التقريبات الى أن قال : ولولا نقل الاجماع المذكور ـ في شرح الشرايع في عدمها في غير

(١) سورة المائدة ـ الاية ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٦٩ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ١٢٧ ح ٥ ، الوسائل ج ١٢ ص ٣٥٣ ح ١ .

(٣) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

المغروس ونحوه ـ لكان القول بالجواز فيه متجهاً لما تقدم ، انتهى .

وبالجملة فالمسئلة لما عرفت غير خالية من شوب الاشكال ، قال في المسالك: والتوت بالتائين المثناتين من فوق وفي لغة نادرة بالثاء المثلثة أخيراً ورد ها الجوهري .

أقول : قال في القاموس في باب الثاء المثلثة التوث الفرصاد لغة في المثنات ، حكاه ابن فارس .

الثاني : أنهم قالوا لوساقاه على ودى أوشجر غير ثابت لم يصح ، اقتصاراً على موضع الوفاق ، أما لوساقاه على ودى مغروس الى مدة يحمل مثله فيها غالبا صح ولو لم يحمل فيها ، وان قصرت المدة المشترطة عن ذلك غالباً أو كان الاحتمال على السواء لم يصح .

أقول : الودى بفتح الواو و كسر الدال المهملة وتشديد الياء كغنى : فسيل النخل ، قبل أن يغرس ، كذا ذكره في المسالك ، والذى في القاموس و كذا في المصباح المنير للفيومى أنه صغار الفسيل ، و قال في كتاب مجمع البحرين : و الودى بالياء المشددة : هو صغار النخل قبل أن يحمل ، الواحدة ودية ، ومنه لوساقاه على ودى غير مغروس ففاسد ، انتهى .

والفسيل على ما ذكره في كتاب المصباح هو ماينبت مع النخل و يقطع منها ، قال : الفسيل صغار النخل ، و هي الودى والجمع فسلان ، مثل رغيف ورغفان ، الواحدة فسيلة ، وهي التي تقطع من الام أوتقلع من الارض ، فتغرس ، وهو ظاهر في أن اطلاق الفسيلة عليها انما هو بعد القلع أو القطع ، و به يظهر أن اطلاقه في المجمع تفسير الودى بصغار النخل قبل أن يحمل لايخلو من تسامح .

ثم ان ما أشار اليه من الحديث الدال على فساد المساقاة على الودى لم نقف عليه في أخبارنا ، ولا نقله غيره في ما أعلم من الاصحاب ، اذا عرفت هذا فاعلم أنه لوساقاه على ودى أوشجر غير ثابت لم يصح بلاخلاف نصاً وفتوى .

أما لو كان مغروساً ثابتاً فانه قد اشتمل على شرط الصحة من جهة المحل ، ولكن بقى الاشكال و تطرق الاختلال من جهة المدة التي توجد فيها الثمرة ، فان ساقاه الى مدة معينة لايثمر ، مثل هذا الودى فيها علماً أوظناً متأخماله بالنظر الى العرف والعادة ، أويكون الاحتمالان متساويين في وجود الثمر تلك المدة وعدمه ، فانها تكون باطلة لجهالة المدة ، وعدم الجزم بحصول الثمرة .

ولو فرض تخلف الظن بأن حصلت الثمرة في المدة ، فلا يبعد صحة العقد لحصول الاحتمال وقت العقد ، مع مطابقته الواقع فيأخذ العامل الحصة وحينئذ ينبغي تقييد ما ذكروه بعدم الحصول فانه كما عرفت لوحصلت لايبعد الحكم بالصحة ، وعلى تقدير البطلان فان كان العامل عالماً بذلك فليس له أجرة المثل ، لانه متبرع كمن زارع على أن لايكون له شيء أو استأجر على أن لايكون له أجرة .

وان كان جاهلا فله أجرة المثل ، خصوصاً مع علم صاحب الارض ، فان ذلك مقتضى قاعدتهم المصرح بها في كلامهم من أنه متى بطل العقد فللعامل أجرة المثل ، لان الحاصل لصاحب الارض خاصة لبطلان العقد ، فلابد للعامل في مقابلة عمله من عوض ، و هو المراد بأجرة المثل وان ساقاه الى مدة يحمل مثله غالباً صح وان لم يحصل الحمل على خلاف العادة . لان مناط الصحة تجويز ظهور الثمرة ، وظنه بحسب العادة فاذا حصل المقتضي صح ، وان تخلف الغرض منها كما لو ساقاه على شجر كثير فاتفق أنه لم يحمل تلك المدة ، وظاهرهم أنه ليس له أجرة المثل هنا على جميع العمل ، لقدومه على ذلك ، وأنه يجب عليه اتمام العمل وان علم الانقطاع قبله ، فان عدم الثمرة غير قادح في صحة المساقاة اذا كان حصولها مظنوناً عادة وقت العقد ، اذ هو المناط في الصحة كما عرفت ونظيره مالو تلفت الثمرة كلها أو أكلها الجراد أوغصبها غاصب ، فانه في جميع ذلك يجب على العامل اتمام العمل ؛ ولا أجرة له وان تضرر كما يجب على عامل المضاربة انضاض المال وان ظهر الخسران ، بل هنا أقوى ، للزوم العقد ووجوب العمل .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

واستشكل الحكم المذكور في التذكرة ، واحتمل انفساخ العقد لو تلف الثمار بأسرها ، وأيّده المحقق الاردبيلي بعد نقل ملخص كلامه المذكور .

و فيه اشكال كما نقل عن التذكرة ، والظاهر العدم ، فان الظاهر أنه كالمعاوضة ، فمع عدم العوض لاينبغي التكليف ، فانه مثل تلف المبيع قبل القبض ولوسلم في القراض ماذكر لدليل ، فلايقاس والا يجيء المنع فيه أيضاً مع امكان الفرق فتأمل ، انتهى .

وبالجملة فالمسئلة لعدم الدليل الواضح فيها لايخلو من شوب الاشكال ، كما في أمثالها من هذا المجال ، والله العالم .

المقام الثالث في المدة ــ المشهور بين الاصحاب اشتراط مدة معينة وأجل مضبوط في عقد المساقاة بما لايحتمل الزيادة والنقصان ، كقدوم الحاج وادراك الغلة وان كانت الغلة المعامل عليها وقوفاً فيما خالف الاصل ، واحتمل الغرر والجهالة على موضع اليقين ، وقال ابن الجنيد : ولابأس بمساقاة النخل وماشاكله سنة و أكثر من ذلك اذاحصرت المدة أو لم تحصر كذا نقل عنه في المختلف .

ونقل عنه في المسالك أنه اكتفى بتقديرها بالثمرة المساقى عليها نظراً الى أنه بالنسبة الى ثبوته عادة ، كالمفهوم ، ولان المقصود منها هوالعمل الى كما لها ولان العقد مبني على الغرر والجهالة ، فلايقدحان فيه ، ثم قال : والاجود الاول وان كان كلامه لا يخلو من وجه .

أقول : لايخفى أن العبارة المنقولة عنه أعم ممانقله عنه في المسالك ، الا أن يحمل اطلاق عبارته على ذلك .

ومن ثم أنه احتج له في المختلف بعد نقل عبارته المذكورة فقال : احتج بأن ضبط الثمار يكفي عن الاجل ، اذاقصد ذلك .

ومارواه يعقوب بن شعيب (١) في الصحيح عن الصادق (عليه السلام) « قال :

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ ، التهذيب ج٧ ص ١٩٨ ح ٢٢ ، الوسائل ج١٣ ص ٢٠٢ ح ٢ .

سألته عن الرجل يعطي الرجل أرضه فيها الرمان والنخل والفاكهة ، فيقول : اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما خرج قال : لابأس » .

ثم أجاب عن ذلك قال : والجواب المنع ، وعن الحديث أن نفي البأس لايستلزم اللزوم ، انتهى .

وقال في المسالك : واعلم أن الاتفاق على اشتراط تقديرها في الجملة كما قررناه ، وأما تركها رأساً فيبطل العقد قولا واحداً ، و لان عقد المساقاة لازم كما تقدم ، ولامعنى لوجوب الوفاء به دائماً ، ولا الى مدة غير معلومة ، ولا بسنة واحدة ، لاستحالة الترجيح بلا مرجح .

أقول : ان ثبت كون عقد المساقاة من العقود اللازمة كما ادعوه ، فماذكره جيد لاحيود عنه الا أني لاأعرف لهم دليلا على هذه الدعوى زيادة على مايظهر من اتفاقهم على ذلك .

وربما كان الظاهر من عبارة ابن الجنيد المنقولة عن المختلف انما هو الجواز كما قال به جملة من العامة ، ثم أنه مع تسليم ذلك فانه لايخفى أن المقصود من المساقاة هو أخذ العامل الحصة من الحاصل ، بعد القيام بالعمل .

وحينئذ فلو اتفقا على المساقاة على ثمرة عام واحد فالظاهر أنه لايحتاج في التحديد الى أزيد من التحديد بالثمرة المساقى عليها كما تقدم نقله عن ابن الجنيد ، وعليه يحمل صحيحة يعقوب بن شعيب المذكورة ، فكأنه قيل : فيها اسق هذا النخل والرمان والفاكهة الى أن تأخذ حصتك من الثمرة وهو النصف .

فانك قد عرفت مما أسلفناه أن مااشتملت عليه من هذا اللفظ هو صورة عقد المساقاة ، اذ ليس في الخبر مايدل على زيادة على ذلك ، وهو بحسب ظاهره غير مشتمل على المدة التي أوجبوها في العقد ، فاللازم أما كونه جائزاً كما قدمنا ذكره ، فلاينافيه الاخلال بالمدة ، لجواز الفسخ متى شاء أحدهما ، أو انه لازم كما صرحوا به ، فلابد من اعتبار ما ذكرناه ، وتقدير ما قدرناه ليتم ماذكروه .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وأما قول العلامة فى المختلف فى الجواب عن الرواية بعد استدلاله بها لابن الجنيد أن نفى البأس لايستلزم اللزوم فليس بموجه ، لانه ان سلم كون هذا عقداً كما هو ظاهر الرواية ، فلابد له من الحكم بلزومه ، ونفى البأس انما اريد به ذلك : بمعنى أنه عقد صحيح ، وان منع كونه عقداً فلامعنى لنفى البأس عنه ، حيث أنه لغو من القول ، لامعنى له ولا ثمرة يترتب عليه .

ثم انه لولم يقع التحديد على الوجه المشهور ولا الوجه المنقول فى المسالك عن ابن الجنيد فظاهر كلامه الاتفاق على بطلان العقد ، الاأن ظاهر عبارة ابن الجنيد المتقدم نقلها عن المختلف هو الصحة فى الصورة المذكورة ، والظاهر بعده ، الا أن يحمل كلامه على حكمه بجواز عقد المساقاة دون لزومه ، كما تقدمت الاشارة اليه .

ولو اتفقا على المساقاة على أزيد من ذلك العام فانه لاخلاف ولااشكال فى وجوب تعيين المدة بسنتين أو ثلاث أو أزيد أو أقل على حسب ما يتفقان عليه ووجهه ما تقدم فى عبارته فى المسالك ، والله العالم .

المقام الرابع فى العمل - اعلم أن الظاهر من كلامهم فى هذا المقام أن بعض الاعمال مع الاطلاق يختص بالعامل وبعضها يختص بالمالك ، وجعلوا لكل منهما قاعدة فالذى يختص بالعامل هو كل عمل يتكرر كل سنة مما يحصل به نفس الثمرة وجودتها وزيادتها ، ومنها اصلاح الارض بالحرث والحفر حيث يحتاج اليه وما يتوقف عليه من الالات وتنقية الاجاجين ، جمع الاجاجه بالكسر و التشديد والمراد بها هنا الحفر التى يقف فيها الماء فى أصول الشجر التى تحتاج الى السقى .

وكذا تنقية الانهار ، وازالة الحشيش المضر وتهذيب جرائد النخل بقطع ما يحتاج الى قطعه منه كالاجزاء النابتة من كرم العنب والاغصان اليابسة المضرة من الاشجار ، بل ولوكانت رطبة مع حصول الضرر بها ، كمافى شجر الكرم مما يجرى به العادة .

ومنها السقي ومقدماته المتكررة ، كالدلو والرشا واصلاح طريق الماء ، وتنقيتها من الحمأة ونحوها ، واستقاء الماء وأداة الدولاب اذا كان السقي من بئر ونحوه وتلقيح الانثى من الذكر ، على الوجه المعتاد والمعتبر ، وتعديل الثمرة أى اصلاحها بازالة مايضرها من الاغصان والورق ، ليصل اليها الهواء أو الشمس أو لتيسر قطعها عندارادة ذلك ، ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صوناً لها عن الشمس المضرة بها ، ورفعها من الارض حيث تضربها ونحو ذلك ومنها اللقاط بفتح اللام وكسرها وهو لقاط الثمرة أى أخذها في أوانها عن محلها بحسب العادة وحسب نوعها ووقتها فما يؤخذ عنبا ، أو رطباً ففي وقتهما ، ومايؤخذ للزبيب يجب قطعه عند حلاوته في الوقت الصالح له ، وما يعمل دبساً فكذلك في الوقت الصالح ، ويحتمل أن يراد باللقاط ارادة ماسقط من الشجر على الارض ، بمعنى التقاطه ، الا أن الاشهر في كلامهم هو الاول ، ومنها أيضا اصلاح موضع التشميس وهو الموضع الذى يجعل فيه الثمرة للشمس لاجل يبسها ان كانت العادة فيها ذلك ، كما في بعض البلدان خصوصاً البحرين ، ونقل الثمرة الى ذلك الموضع ، وحفظها الى وقت القسمة ، وهل نقلها الى منزل المالك ان لم يتول المالك ذلك على العامل ؟ يحتمل ، ـ لانه من تمام العمل ، ولعموم « على اليد ما أخذت حتى تؤدى » (١) ـ وعدمه ، لانه ليس من أعمال الثمرة ، و الاظهر الرجوع في ذلك الى عرف البلد وعادة أهلها في ذلك .

قالوا : والضابط أنه يجب العمل الى وقت القسمة ، هذا كله مع الاطلاق ، أما لو شرط بعضها على المالك فلااشكال في لزومه اذا لم يكن منافيا لمقتضى العقد ، عملا بما دل على وجوب الوفاء بالشروط .

قالوا : لو أخل العامل بشيء مما يجب عليه فان كان وجوبه بطريق الشرط تخير المالك بين فسخ العقد والزامه ، بمثل أجرة العمل ، فان فسخ قبل عمل شيء

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ .

فلاشيء له ، وان كان بعده فله الاجرة ، سواء كان قبل ظهور الثمـرة أم بعده ، قضية للشرط ، وان كان وجوبه من حيث الاطلاق ، فالظاهر أنه يكون كذلك قبل ظهور الثمرة ، أما بعده ففيه نظر ، ولايبعد الجواز ، ولوحصل على الاصل نقص بسبب التقصير لزمه الارش ، والظاهر أن الثمرة كذلك ، انتهى هذا بالنسبة الى العامل .

وأما المالك فالضابط في مايجب عليه عندهم هو مالايتكرر في كل سنة ، و ان عرض لـه في بعض الاحوال التكرر مما يتعلق نفعه بالاصول بالذات و ان حصل النفع منه للثمرة عرضاً فانه على المالك دون العامل .

ومن ذلك حفر الابار والانهار التي منها وبها تسقى الاصول ، وبناء الحائط ، قال في المسالك : ولا فرق في بناء الحائط بين جميعه وبعضه ، وفي حكمه وضع الشوك ونحوه على رأسه ، قاله في التذكرة ، ويشكل لو كان مما يتكرر كل سنة عادة طرداً لضابطين ، انتهى .

أقول : لايخفى أن بناء هذه الافراد المعدودة في كل من الموضعين وجعلها ضابطين انما هو على العرف والعادة ، والافانه ليس هنا تحديد شرعي في كل من الموضعين ، فينبغي أن يكون مناط الحكم في كل من الموضعين هو ذلك .

ومنها عمل مايستقى به من دولاب وأدواته ونحو ذلك من آلات السقي مما لايتكرر غالباً ، دون مايتكرر غالباً كالدلو والرشاء ، فانه قد تقدم أن ذلك على العامل ، خـلافاً لابـن ادريس (رحمه الله) حيث أوجب الجميع على العامل ، والمشهور وبـه صرح الشيخ ان الكش على المالك ، والعامل انما عليه التلقيح ، واستندوا في ذلك الى أن الكش ليس بعمل ، وانما هو من الاعيان والعامل انما عليه العمل ، وأن الاصل البراءة من وجوبه على العامل .

ونقل عن ابن ادريس أنه على العامل ، واستحسنه في الشرايع ، ونقل عن ابن ادريس التعليل بأنه مما يتم به نماء الثمرة وصلاحها الواجبين على العامل .

قال في المسالك : والاولى الرجوع الى العادة و مع عدم اطرادها في شيء فالاولى التعيين ، انتهى .

قال في التذكرة : ان شراء الزبل وأجرة نقله على رب المال ، لانه ليس من العمل ، فجرى مجرى ما يلقح به ، وتفريق ذلك على الارض على العامل ، كالتلقيح ، انتهى .

وبالجملة فالظاهر أن الكش مثل الخيوط بالنسبة الى الخياط ، والمداد والقرطاس للكاتب في كون الجميع على المالك ، وانما على العامل العمل بذلك ، الا أن تجرى العادة بخلاف ذلك لما أشرنا اليه آنفا من بناء الضابطتين المتقدمتين على العرف والعادة .

بقي الكلام هنا في مواضع : الاول ـ قد تقدمت الاشارة الى أن جميع ما ذكر سابقاً مما يجب على المالك والعامل انما هو من حيث اقتضاء الاطلاق ذلك ، فلو وقع الشرط منهما على خلاف ذلك بأن شرط ما على المالك من تلك الاعمال على العامل ، فالمشهور الصحة بعد أن يكون ذلك معلوماً بينهما على وجه لا يحتمل الضرر ، وكذا لو شرط بعضه بطريق أولى .

قال الشيخ في المبسوط : وعلى المالك ما فيه حفظ الاصل ، وهو سد الحيطان ، وانشاء الانهار ، فان شرط على العامل ذلك او بعضه قال قوم : تبطل المساقاة ، لانه شرط ليس من مصلحة العقد ، وينا في مقتضاه ، والذي يقوى في نفسي أنه لا يمنع من صحة هذا الشرط مانع ، انتهى .

و قال ابن الجنيد : ليس لصاحب الارض أن يشترط على المساقي احداث أصل جديد من حفر بئر وغرس يأتي به لا يكون للمساقي في ثمرته حق ، ولو جعل له على ذلك عوضاً في قسطه ، لان ذلك بيع للثمرة قبل خروجها فان جعله بعد ما يحل بيع الثمرة جاز .

قال في المختلف بعد نقل القولين المذكورين : والوجه ما قواه الشيخ ، لقوله (عليه‌السلام) (١) « المؤمنون عند شروطهم » سواء جعل له زيادة قسط أم لا وليس ذلك بيعاً ، انتهى وهو جيد .

---

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ولو شرط ما يجب على العامل على المالك ، فان كان المشروط جميع العمل ، فالظاهر أنه لاخلاف في بطلان المساقاة ؛ لان الحصة انما يستحقها العامل في مقابلة العمل فاذا لم يعمل شيئاً لم يستحق شيئاً ، وأيضاً فانها تصير كالبيع بغير ثمن ، والاجارة بغير مال في مقابلتها ، وبالجملة فانها من عقود المعاوضات يترتب صحتها على وصول العوض لكل من الطرفين .

نعم لوكان المشروط بعض العمل وأبقى لنفسه منه شيئاً ، وكان مما يحصل به الزيادة في الثمرة ، فانه لامانع منه ، ولعموم ادلة لزوم الشرط ، وتكون الحصة حينئذ في مقابلة ذلك .

وظاهر الشيخ في المبسوط الخلاف هنا ، حيث قال : اذا ساقاه بالنصف على أن يعمل رب المال معه ، فالمساقات باطلة ، لان موضوع المساقاة أن من رب المال المال ، ومن العامل العمل ، كالقراض ، فاذا شرط على رب المال العمل بطل كالقراض .

ورده العلامة في المختلف بأنه قد سوغ أن يشترط العامل على المالك أن يعمل معه غلامه ، وأن يكون على المالك بعض العمل ، وقواه لانه لامانع منه ، وهذا نفس ذاك ، انتهى وهو جيد .

ونقل أيضاً أنه قال في المبسوط : اذا ساقاه على أن أجرة الاجراء الذين يعملون ويستعان بهم من الثمرة ، فالعقد فاسد ، لان المساقاة موضوعة على أن من رب المال المال ، ومن العامل العمل ، فاذا شرط أن يكون أجرة الاجراء من الثمرة كان على رب المال المال ، والعمل معاً ، وهذا لايجوز ، ثم رده بأن الاقوى الجواز اذا بقي للعامل عمل لما بيناه ، انتهى .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر اطلاق كلام العلامة هو ترتب الصحة على بقاء شيء من العمل ـ اللازم للعامل ـ أعم من أن يكون مما يترتب عليه الزيادة في الثمرة أولا بأن يكون كمجرد الحفظ لها ، والذى صرح به في المسالك هو ما

قد مناه من أنه لابد من أن يكون مما يحصل بـه الزيادة في الثمرة ، ولايكفي ما فيه مجرد الحفظ ، قال : ولو بقي للعامل مالايحصل به مستزاد الثمرة كالحفظ لم تصح ، أيضاً ، لمنافاة وضع المساقاة ، كما لوساقاه و قـد بقي من العمل ذلك . نعم لو جعلا ذلك بلفظ الاجارة مع ضبط المدة صح ، انتهى .

وظاهر ابـن فهد في المهذب الاكتفاء بمجرد العمل ، كالحفظ والتشميس والكيس في الظروف ونحو ذلك ، وظاهره جـواز المساقاة بمجرد بقاء هـذه الاعمال ، والاظهـر الاول ، فانه هو المستفاد من الادلـة ، وغـيره لا دليل عليه والله العالم .

الثاني : قالـوا : لوشرط العامل أن يعمل غلام المالك معه جاز ، أما لو شرط أن يعمل الغلام لخاص مال العامل ففيه تردد ، والاشبه الجواز .

أقـول : هنا مقامـان : أحـدهما ـ أن يشترط العامل على المالك عمل غلامه معه في مال المساقات ، وظاهر الاصحاب هو الجواز من غير ظهور مخالف، و انما المخالف فيه بعض العامة ، مستنداً الى أن يد العبد كيد مالكه ، و عمله كعمله ، فكما لايصح اشتراط عمل المالك فكذلك غلامه المملوك له، ولانـه مخالف لوضع المساقاة ، وهو أن يكون من المالك المال ، ومن العامل العمل .

وأجيب عن ذلك أولا بأن عمل غلام المالك مال له ، فهوضم مال الى مال، كما أنه يجوز في القراض أن يدفع الى العامل بهيمة يحمل عليها ، والفرق بين الغلام و سيده ظاهر ، فان عمل العبد يجوز أن يكون تابعاً لعمل العامل ، ولا يجـوز أن يكون عمل المالك تابعاً له ،لانـه هو الاصل و يجوز في التابع مالا يجوز في المنفرد .

و ثانياً منع حكم الاصل لما عرفت آنفاً من جواز أن يشترط العامل على المالك أكثر العمل ، فاذا جاز ذلك بالنسبة الى المالك فمملوكه أولى بالجواز .

و ثانيهما ـ أن يكون الشرط في عمل الغلام العمل في ملك العامل خاصة،

بأن يكون الارض للعامل بخصوصه لافي مال المساقاة ، كما هو المفروض أولا ، وظاهر المحقق والعلامة وقوع الخلاف هنا من أصحابنا ، لتردد المحقق في الشرايع في ذلك ، وان رجح الجواز ، وكذا العلامة ، الا أن شيخنا الشهيد الثاني في المسالك نبه هنا على أن الخلاف في هذا المقام انما هو من الشافعي ، وظاهره أنه لاخلاف بين أصحابنا في الجواز ، حيث قال : والمعروف أن المانع من ذلك الشافعي ، لكن المصنف (رحمه الله) والعلامة ذكرا المسئلة على وجه يشعر بالخلاف عندنا ، وقد تكرر هذا منهما في مواضع كثيرة .

أقول : وفيه تأييد لما قدمناه من أن أصل هذه التفريعات كلها أو جلها انما هي من العامة ، حيث أنه ليس لقدماء أصحابنا أثر في ذلك ، ثم ان الشيخ تبعهم في ذلك ، واقتفى أثره من تأخر عنه ، ووجه الجواز عند أصحابنا أنه وجه سائغ لامانع من اشتراطه ، ولأنه اذا جاز أن يعمل في المشترك بينه وبين مولاه كما في الفرض الاول ، فلان يجوز في المختص بطريق أولى .

ووجه المنع أنه شرط عملا في مقابلة عمله ، فصار في قوة اشتراط جميع العمل على المالك ، وأجابوا عنه بأن فساده ظاهر .

أقول : ويمكن أن يقال : بناء على تعليلاتهم في أمثال هذا المجال بأنه لايصح ذلك لو فرض أن عمل الغلام أكثر أو مساو لعمل العامل في مال المساقاة لانه يلزم كون الحصة التي يأخذها العامل بغير عوض ، لان عمل العامل قد وقع في مقابلة عمل الغلام في أرضه ، فلم يبق له عمل يستحق به الحصة ، و يصير عقد المساقاة بلا عوض من جانب العامل ، فيلزم بطلانه ، وربما أمكن الجواب بأنه لا مانع من جعل عمل الغلام وان كثر في مقابلة بعض عمل العامل وان قل ، وتصير الحصة في مقابلة البعض الباقي ، ويؤيده الادلة العامة من وجوب الايفاء بالعقود والشروط .

وكيف كان فالركون في أمثال هذه الفروع الى هذه التعليلات لايخفى ما فيه كما أسلفنا التنبيه عليه في غير مقام مما تقدم ، والله العالم .

الثالث ـ المشهور بينهم أنه لو شرط العامل على المالك أجرة الاجراء بأن يستأجر للعمل أجراء لاعانته ، ويدفع الاجرة من الثمرة على وجه يبقى له من العمل ما يحصل به الزيادة في الثمرة ، كما تقدم فلابأس ، وقد تقدم في الموضع الاول نقل خلاف الشيخ في هذه المسئلة ، وقد عرفت ضعفه .

ولو شرط العامل على المالك بأن يستأجر على جميع العمل بحيث لايبقى له الا استعمال الاجراء والقيام عليهم ، والسمسرة ، قال في المسالك : في صحة هذا الشرط وجهان : أحدهما الجواز ، لان ذلك عمل تدعو الحاجة اليه ، فان المالك قد لا يهتدى الى الدهقنة واستعمال الاجراء ، ولا يجد من يباشر الاعمال ويأتمنه فتدعوه الحاجة أن يساقي من العرق ذلك لينوب عنه في الاستعمال .

وثانيهما المنع للشك في أن مثل ذلك يسمى عملا من أعمال المساقاة الذى هو شرط في صحتها ، فان المتبادر من أعمالها خلاف ذلك ، والعقود انما تكون بتوقيف الشارع ، خصوصاً في هذا العقد الذى هو على خلاف الاصل ، انتهى .

أقول : لايخفى ضعف الوجه الاول من الوجهين المذكورين ، فالعمل على الثاني .والله العالم .

المقام الخامس في الفائدة ـ والكلام في هذا المقام يقع في موارد :

الاول ـ الظاهر أنه لاخلاف في أنه يشترط أن يكون للعامل جزء مشاع من الحاصل ليكون مساقاة كما مر في تعريفها ، فهنا شيئان : أحدهما ـ الحصة ، والثاني ـ كونها شايعة في مجموع الحاصل ، فلو لم تكن شايعة بل كانت معينة كان ذلك اجارة ، وان وقع العقد بلفظ المساقاة لصحة ارتكاب التجوز في هذا الاطلاق ولو لم تكن حصة بالكلية كان العقد باطلا وكذا يبطل لو شرط أحدهما الانفراد بالفائدة وفساد هذا الشرط متفرع على اشتراط التشريك ، بمعنى أنه لماكان من شرط المساقاة أن تكون الفائدة شايعة في الحاصل فلوشرطها أحدهما

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وانفرد بها وميزها عن الحاصل في نخيل مفردة أو أشجار معينة ، خرج ذلك عن وضع المساقاة ، وما بنيت عليه ، فيبطل العقد حينئذ ، لكن يختلف الحكم في ذلك بين العامل والمالك ، فانه ان كان شرط الفائدة على الوجه المذكور وقع للعامل بطل العقد كما عرفت ، و متى بطل لزم أن يكون الثمرة كلها للمالك ، وللعامل أجرة المثل حينئذ ، كما يأتي بيانه ـ ان شاء الله ـ من أن كل موضع حكم بالبطلان فللعامل أجرة المثل ، والوجه فيه أن العامل انما دخل في العمل للحصة المعينة له ، وحيث لم تسلم له هنا لظهور بطلان العقد ، وجب الرجوع الى أجرة المثل .

وان كان الشرط المذكور للمالك فالاقوى عندهم أنه لا أجرة له لدخوله في العمل على وجه التبرع ، والمتبرع لا أجرة له ولا حصة ، كما تقدم نظيره في القراض .

وربما احتمل ضعيفاً استحقاق الاجرة لان المساقاة يقتضي العوض في الجملة، فلا يسقط بالرضا بدونه ، و كذا يبطل لو شرط لنفسه شيئاً معيناً ، وما زاد بينهما ، و كذا لو قدر لنفسه أرطالا أو ثمرة ، نخلات معينة .

أقول : و هذا كله مما يتفرع على اشتراط الشيوع في الحصة ، والاشتراك المتفق عليه نصاً و فتوى في عقد المساقاة ، فان جميع هذه الصور خارجة عن ذلك ، ويؤكد البطلان زيادة على ما عرفت أنه اذا اتفق عدم حصول شيء من الحاصل الا ذلك المقدار المعين فلا يكون للاخر شيء بالكلية .

الثاني ـ قالوا : يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الاخر اذا كان العامل عالما بمقدار كل نوع ، لان الغرض ثبوت حصة معلومة كيف كان ولو لم يعلم مقدار أحد الانواع لم يصح ، لجهالة الحصة ، فان المشروط فيه أقل الجزئين ، قد يكون أكثر الجزئين ، فيحصل الغرر ، و كذا صرح به في المسالك .

أقول : ظاهر المحقق الاردبيلي (رحمه الله) المناقشة في هذا المقام ،

حيث قال بعد ذكر عبارة المصنف فى هذا المقام : اذاكان في البستان الذى ساقاه عليه انواع مختلفة من الثمرة واشترط الثلث من أحدهما ، والنصف من الاخر مثلا صح المساقاه ، بشرط علم العامل بمقدار كل نوع من تلك الانواع ، ومفهوم الكلام يدل على عدم الصحة لو لم يعلم وجهه للجهالة ، وكذا مفهومه الصحة لو لم يكن الحصة مختلفة ، بل اذا ساقاه على ذلك البستان بالنصف مثلا صح مطلقا ، سواء علم مقدار الانواع أم لا ، وهو مشكل فان الجهالة واقعة ، فلو كانت مانعة من الصحة لمنعت هنا أيضا ، وكونه مفهوماً من الكلام غير واضح ، فلا يبعد عدم الصحة بناء على اعتبار العلم وعدم الجهالة ، فتأمل ، انتهى وهو جيد .

وكيف كان فالمسئلة لخلوها عن النص لايخلو الحكم فيها من الاشكال ، كغيرها من الفروع التى أكثروا فيها المقال والاقوال ، فان غاية مايستفاد من نصوص المساقاة هو الحصة من حاصل ما اشتمل عليه البستان ، نوعاً واحدا كان أو أنواعاً عديدة ، علم كل منها على تقدير التعدد أم لم يعلم .

وأما صحة المساقاة مع تعدد الحصة بتعدد الانواع سواء كانت الانواع معلومة أومجهولة فلا دليل عليه ، ورجوعه بنوع من الاعتبار فى بعض الموارد الى الاول لايكفى في الحكم بالصحة ، اذلعل ثمة مانعاً لم نهتداليه ، سيما مع عدم الدليل عليه .

وملخص ذلك الرجوع فى صحة العقود وبطلانها الى التوقيف ، والله العالم .

الثالث ـ قالوا : لو شرط مع الحصة من النماء حصة من الاصل الثابت احتمل الصحة ، لعموم الامر بالوفاء بالعقود ، و المؤمنون عند شروطهم(١) ، وان ذلك يجرى مجرى اشتراط شيء غيره من ذهب أو فضة ، وهو جائز ، وان ذكروا البطلان نظراً الى أن مقتضى المساقاة جعل الحصة من الفائدة وأن الحصة من الاصول تدخل في ملكه بالشرط المذكور ، فلا يكون

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

العمل المبذول في مقابلة الحصة واقعاً في ملك المالك ، ولا واجباً بالعقد ، اذلا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه .

والى هذا الوجه مال في المسالك فقال : والقول بالمنع أوجه ، وتردد المحقق في الشرائع بعد أن حكم بعدم الصحة ، واستشكل في القواعد مع جزمه بالمنع في الارشاد .

أقول : والظاهر هو المنع لما ذكر ، وزيادة ما قدمناه في سابق هذا المورد .

الرابع - قالوا : يجوز أن يشترط رب الارض على العامل شيئاً من ذهب أوفضة ، ويجب الوفاء به ، الا أن ذلك مكروه ، وعللوا الحكم الاول بعموم مادل على الوفاء بالعقود والشروط وأنه مع ذلك غيرمناف لمقتضى العقد ، لان الثمرة مشتركة بينهما ، وهذا شرط زايد ، وأما الحكم الثاني فلم أقف لهم فيه على مستند سوى ظهور اتفاقهم عليه .

قال في المسالك : وأما كراهته فهوالمشهور بين الاصحاب لانعلم خلافافي ذلك ، ثم نقل عن العامة أنهم أطبقوا على منع هذا الشرط ، وأبطلوا به المساقاة ، هذا مع سلامة الثمرة وعدم تلفها ، فلو تلفت أجمع أو لم تخرج ذلك العام بالكلية ، فان ظاهرهم الحكم بسقوط الشرط المذكور ، اذلولا الحكم بسقوطه لكان اللازم أكل مال بالباطل ، فان العامل قدعمل ولم يحصل له عوض في مقابلة عمله ، فكيف يحكم عليه بوجوب الوفاء بالشرط المذكور ، فانه ضرر منفي بالاية والرواية (١) ، وايجاب استحقاقه بالشرط انما وقع بناء على سلامة الحاصل وأخذه الحصة ، على أن ما حكموا به من الصحة في أصل المسئلة غير خال من الاشكال سيما في صورة زيادة ماشرط من الذهب أوالفضة على مقدار الحصة ، أو المساواة لاستلزام ذلك لذهاب عمله بغير عوض ، وهو خارج عن أفعال العقلاء ومعاملاتهم

---

(١) الوسائل ج ١٧ ص ٣٤١ ح ٣ .

بل ربما أدى ذلك الى الحكم بعدم الرشد ، ولعله الى هذا نظر العامة فحرموا ذلك ، وأبطلوا به العقد كما تقدم ذكره .

نعم لو كان هناك غرض صحيح يمكن ترتب هذا العمل عليه يتم ماذكر ، وبالجملة فان عندي في أصل الحكم المذكور أعني صحة هذا الشرط اشكالا لعدم النص الواضح عليه ، وان احتمل ذلك بناء على ماذكروه من العمومات ، الا أنه لخروجه عمّا هو المعلوم من طريقة ارباب العقول ومعاملاتهم المحتمل للسفاهة محل اشكال ، أما لو كان هذا الشرط من العامل على المالك مضافا الى الحصة المعينة ، فالظاهر أنه لااشكال فيه ، وبه صرح الاصحاب أيضا .

والظاهر أنه لا كراهة فيه أيضا ، وبطريق الاولى في ارتفاع الاشكال لو ذهبت الثمرة أولم تخرج ، فانه بعد العمل والتعب وذهاب حصته المقررة له لاوجه لسقوط هذا الشرط في حقه ، بل الاولى والاظهر في المعقول والمنقول هو دفعه اليه جبراً لما فاته من ذهاب حصته ، وعوضاً عن خدمته .

وربما قيل : بمساواته للاول وهو خيال ضعيف وتوهم سخيف لما عرفت من الفرق بين الحالين ، والبون بين الصورتين ، ثم انه بالنسبة الى الصورة الا ولى لو كان التالف البعض خاصة ، فالمختار عندهم عدم سقوط شيء من الشروط ، لاصالة العدم ، ولان المعتبر حصول عوض العمل ، ولا اعتبار بكثرته وقلته ، ومن ثم لايسقط من شروط العمل شيء ، بتلف بعض الثمرة أو أكثرها .

ونقل عن العلامة في التذكرة أنه قال : يكره أن يشترط أحدهما لنفسه شيئا من ذهب أوفضة ، وان شرط ذلك وجب الوفاء به مع السلامة ، وفيه على اطلاقه بحث يعلم مماقدمناه ، ثم الظاهر أن ما ذكروه من الذهب والفضة انما خرج مخرج التمثيل في المقام كما لايخفى على ذوي الافهام والله العالم .

الخامس ـ قال المحقق في الشرايع : ولو ساقاه بالنصف ان سقى بالنواضح وبالثلث ان سقى بالسيح بطلت المساقاة ، لان الحصة لم تتعين وفيه تردد .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قال في المسالك : وجه البطلان واضح ، لان العمل مجهول ، والنصيب مجهول ، فهو مثل بعتك بدينار مؤجلاً وبنصفه حالاً ، ويحتمل صحة ذلك لتعين الحصة على التقديرين ، كما تصح الاجارة اذا قال : ان خطته رومياً فلك كذا ، وان خطته فارسياً فلك كذا ، ومن ذلك يظهر منشاء التردد ، والاقوى البطلان ، ومسئلة الاجارة ان ثبتت فهي خارجة بدليل خارج ، انتهى .

أقول : مافرضه المحقق (رحمه الله) هنا في المسئلة أظهر مما فرضه العلامة في الارشاد ، حيث قال : « ولو شرط فيما سقت السماء النصف ، وفيما سقي بالناضح الثلث ، أوشرط مع الحصة جزء من الاصل بطل » انتهى .

فان وجه البطلان على هذا الفرض غير ظاهر ، الامن حيث الجهل بكل من النوعين ، كما تقدم في المورد الثاني ، فمع العلم بكل منهما في الجملة يصح .

وبالجملة فان هذا الفرض من أفراد تلك المسئلة فلايكون الحكم كليا ، كما هوظاهر الاصحاب ، وبه يظهر أن ما فرضه في الشرايع ونحوه فرض المسئلة في القواعد أيضا أظهر .

بقي الكلام في التردد المذكور في الفرض الاول ، فانه لايبعد أن يقال بالصحة ، قوله ـ ان العمل مجهول ، والنصيب مجهول ـ قلنا : ان أريد الجهل من كل وجه فهو ممنوع ، لانه على كل من التقديرين معلوم ، والاختيار اليه في قبول أي العملين أراد ،وان أريد في الجملة أمكن أن يقال : انه غير مانع ، لان بناء هذه المعاملة انما وقع أيضا مع المجهولية في الحصة كما صرحوا به ، فالجهل في الجملة غير ضائر ، وقد تقدم نظيره في مسئلة البيع بثمن مال معجلاً بأزيد منه مؤجلاً وان كان المشهور بينهم البطلان ثمة ، الا أن الرواية الصحيحة دلت على الصحة ، وان كان فيها اشكال من وجه آخر كما تقدم تحقيقه في المسئلة المذكورة .

وبالجملة فالمسئلة لخلوها من النص الواضح غير خالية من التردد ، والاشكال

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وان كان الاقرب هو الصحة ، لما ذكرناه ، ويؤيده أيضا ماذكره من صحة الاجارة في أمثال الخياطة ، والله العالم .

الفصل الثاني في الاحكام :

و فيه مسائل : **الاولى** ــ المشهور في كلامهم أن كل موضع يحكم بفساد المساقاة فيه فللعامل أجرة المثل ، وللمالك جميع الثمرة ، أما الثاني فلانها نماء ملكه ، ولم يحصل مايوجب نقلها أونقل شيء منها ، لظهور فساد العقد الموجب لانتقال الحصة الى العامل ، وأما الاول فلانه لم يتبرع بعمله ، وانما دخل فيه بناء على الحصة المشترطة له ، والحصة لم تسلم له لفساد العقد ، فلابد لعمله من عوض وأجرة ، فوجب الرجوع الى أجرة المثل ، الا أنه ينبغي تقييده بأمرين : أحدهما ــ أن يكون جاهلا بالفساد ، اذلوكان عالماً به ومع هذا أقدم على العمل كان متبرعاً بعمله ، والمتبرع لاشيء له شرعاً ، و ثانيهما أن لايكون الفساد باشتراط المالك جميع الثمرة له ، لانه مع فرض ذلك قد دخل على أن لاشيء له من الثمرة ، وان كان جاهلا يكون ذلك مفسداً للعقد .

وبالجملة فانه على الفرضين المذكورين قد أقدم على العمل عالماً بأنه لا يستحق أجرة ولا حصة ، ثم ان ما ذكرناه من وجوب أجرة المثل في صورة الجهل بالفساد و عدم الفساد باشتراط المالك الثمرة لنفسه ، هو الظاهر من كلام جل الاصحاب كما أشرنا اليه آنفا .

وظاهر شيخنا الشهيد الثاني أن الواجب أقل الامرين من الحصة المشترطة وأجرة المثل ، قال بعد الكلام في المسئلة : ينبغي على ما قررناه أن يثبت للعامل أقل الامرين من الحصة المشترطة ، وأجرة المثل ، لان الاقل ان كان هو الاجرة فظاهر ، لان فساد العقد أسقط الحصة ، فيرجع الى الاجرة ، وان كان الاقل هو الحصة فالعامل أقدم على أن لايكون له سواها في مقابلة عمله ، حتى لو كانت في مقابلة عشر العمل ، لكان مسقطاً للزائد ، فيكون متبرعاً بالزائد على هذا التقدير ،

كما يتبرع على تقدير اشتراط جميع الثمرة للمالك ، وعلى تقدير علمه بالفساد .

ثم قال : ويمكن أن يجاب بالفرق بين الموضعين فانه على هذا التقدير لم يقدم على التبرع بعمله أصلا ، بل كما يحتمل أن يكون الحصة قاصرة عن مقابلة العمل ، يحتمل مساواتها له وزيادتها عليه أضعافاً مضاعفة ، فهو قادم على عمل محتمل للزيادة والنقصان ، فليس متبرعاً به مطلقا وان احتمل قصوره في بعض الاحوال ، بخلاف العالم وشرط جميع الحصة للمالك ، فانه قادم في ابتداء الامر على التبرع المحض على كل تقدير .

وهذا الفرق لابأس به ، وان كان ما اقتضاه البحث متوجهاً أيضاً ، وأكثر الاصحاب أطلقوا وجوب أجرة المثل مع الفساد ، وفيه تردد ، انتهى .

أقول : لقائل أن يقول في تأئيد القول المشهور وبيان أنه صحيح عار عن القصور : أن الحصة انما وجبت وتعينت بحيث لايجوز الزيادة عليها ولاالنقصان من حيث اشتراطها في العقد ، ولما بطل العقد بطل التعلق بها والرجوع اليها ، وان كان المالك قد رضي بها في العقد على تقدير صحته ، وصار الحكم مبنياً على قاعدة أخرى من كونه عملا موجباً للاجرة ، وأن الداخل فيه انما دخل بذلك ، ولكن لم تسلم له لظهور استحقاقها أوفسادها فلابد لعمله من أجرة ، و رضى العامل بتلك الحصة على تقدير صحة العقد لامدخل له هنا ، لان تلك المعاملة قد بطلت، ورجعنا الى مسئلة أخرى كما ذكرناه ، وهذا حق أوجبه له الشارع ، بناء على الغرض المذكور ، ورضاه بأقل منه لوكان في تلك الحال لايوجب الحكم عليه به هنا ، الا أن يتجدد منه رضاً آخر بذلك .

وقد تقدم نظير ذلك في المزارعة في مسئلة مالو اختلفا في المزارعة أو العارية ، بأن ادعى المالك المزارعة وادعى العامل العارية ، والله العالم .

الثانية ــ قالوا : اذا استأجر المالك أجيراً للعمل بجزء من الثمرة ، فان كان قبل ظهورها بطلت الاجارة من غير خلاف ، لما قرر عندهم من أن عوض

الاجارة يجب أن يكون موجوداً معلوماً كعوض المبيع ، والحال أنه هنا ليس كذلك كما هو المفروض ، وجواز ذلك في المساقاة ، حيث أنهم قد اتفقوا على جواز العوض فيها مع الجهالة ، وعدم الوجود خرج بالنص والاجماع ، مؤيداً بمساس الحاجة الى ذلك ، وان كان بعد ظهورها ، فان كان بعد بدو صلاحها جاز بلا اشكال ولاخلاف ، وان كان قبل بدو الصلاح فانهم بنوا الحكم هنا فيها على جواز نقلها بالبيع في هذه الحال ، وقد تقدم الكلام في ذلك في الفصل الثامن في بيع الثمار من كتاب البيع (١) وذكر الخلاف في جواز البيع مطلقا أوعدم الجواز الا بأحد أمور ثلاثة ضم ضميمة اليها ، أوشرط القطع ، أوعامين فصاعداً ، ومن ثم ان المحقق هنا اختار القول بالجواز بعد ظهورها ، و قبل بدو صلاحها ، بشرط القطع ، حيث ان مذهبه في البيع ذلك ، الا أن الواجب عليه كان أن يذكر الضميمة ، مضافة الى القطع ، والتخيير بينهما كما هو مذهبه ثمة .

ولهذا اعترضه في المسالك بذلك ثم اعتذر عنه بما هو مذكور هناك ، والعلامة في القواعد صرح بالجواز مطلقاً ، فقال : ولو استأجره على العمل بحصة منها أوبجميعها بعد ظهورها ، والعلم بقدر العمل جاز ، والا فلا .

وأنت خبير بما في الحكم المذكور من الاشكال لعدم الدليل الواضح في هذا المجال ، والحمل على البيع كما ذكروه محض قياس لايوافق أصول الشريعة ، سيمامع ما قدمنا من الاشكال في اشتراط القطع في مسئلة البيع .

بقي هنا اشكال آخر أيضاً في هذه الصورة على تقدير كون الاجرة جزء من الحاصل ، فانه متى قيل بصحة الاجارة هنا بشرط القطع ، والحال أن الثمرة مشتركة بين العامل والمالك ، فان الشركة تمنع من التسلط على القطع ، فيتعذر التسليم لتوقف جواز القطع على اذن الشريك ، و من ثم قيل : في هذه الصورة بعدم الصحة ، وقيل : بالصحة و هو اختيار المحقق في الشرايع نظراً الى امكان

(١) ج ١٩ ص ٣٢٥ .

القطع والتسليم بالاذن ، كما في كل مشترك ولو فرض امتناع الشريك من الاذن يمكن اذن الحاكم الشرعي ، والى هذا القول مال الشارح أيضاً فحكم بأنه الاصح ، أما لو كان الاجرة مجموع الحاصل فانه لااشكال لاندفاع المحذور المذكور ، وكذا لو اكتفى بالضميمة عن اشتراط القطع كما أشرنا اليه ، فانه يندفع ذلك أيضاً ، الا أنك قد عرفت مافيه من الاشكال .

وكيف كان فانه يشترط تعيين العمل المستأجر عليه كما هو مقتضى قاعدة الاجارة ، واليه يشير قوله في القواعد « والعلم بقدر العمل » ، والله العالم .

الثالثة ـ قال الشيخ في المبسوط : اذا قال : ساقيتك على هذا الحائط بالنصف على أن أساقيك على هذا الاخر بالثلث بطلت ، لانهما بيعان في بيعة ، فانه ما رضي أن يعطيه من هذا النصف الا أن يرضى منه بالثلث من الاخر ، وهكذا في البيع اذا قال : بعتك عبدي هذا بألف على أن تبيعني عبدك بخمس مأة ، فالكل باطل ، لان قوله : على أن تبيعني عبدك بخمس مأة ، انما هو وعد من صاحب العبد بذلك ، وهو بالخيار بين الوفاء به وبين الترك ، فاذا لم يف به سقط ، وهذا ما رضي أن يبيعه بألف الا أن يشتري منه العبد بخمس مأة ، فقد نقصه من الثمن لاجله ، فاذا بطل ذلك رددنا الى الثمن مانقصناه لاجله ، وذلك المردود مجهول ، والمجهول اذا أضيف الى معلوم كان الكل مجهولا ، فلهذا بطل ويفارق هذا اذا قال : ساقيتك على هذين الحائطين بالنصف من هذا ، والثلث من هذا ، حيث يصح ، لانه صفقة واحدة وعقد واحد ، وليس كذلك هيهنا ، لانهما صفقتان في صفقة ، ألا ترى أنه لو قال : بعتك داري هذه بألف على أن تبيعني عبدك بمأة بطل الكل ، ولو قال : بعتك داري هذه وعبدي هذا معاً بألف ، الدار بستمأة والعبد بأربعمأة صح ، وكان الفصل بينهما مامضى ، انتهى .

ورده جملة ممن تأخر عنه كالمحقق والعلامة وغيرهما ممن تأخر عنهما بما سيأتي ذكره .

وابن الجنيد عكس الحكم الذي ذكره الشيخ فجوز مامنعه الشيخ ، ومنع ماجوزه ، حيث قال : ولا اختار ايقاع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرقة ، بعضها أشق عملا من بعض ، الا أن يعقد ذلك على واحدة ، ويشترط في العقد على العقد الاخرى .

قال في المختلف بعد نقل كلامي الشيخ وابن الجنيد : والوجه عندي جواز جميع هذه العقود في البيع والمساقاة ، وقد مضى البيع وبيّنا صحته ، والشيخ أيضاً جوزه في موضع من المبسوط ، وهو الحق ولاجهالة هنا .

وقال في المسالك بعد ذكر ملخص كلام الشيخ و كلام ابن الجنيد : والاقوى صحة الجميع ، ونمنع الجهالة التي ادعاها الشيخ ، لعموم الامر بالوفاء بالعقود ، وما يتضمنه من الشرط كالجزء منه ، ووجوب الوفاء بالشرط ، ولو فرض عدم الوفاء لايقتضي ذلك رد الناقص من الثمن كما ادعاه ، بل يسلط المشروط له على الفسخ ، كما في الاخلال بغيره من الشروط .

وأما ابن الجنيد (رحمه الله) فلم يذكر على ما ادعاه دليلا ، ومقتضى الاصل جواز الامرين ، معاً ، انتهى وهو جيد .

وبالجملة فان مقتضى الاصول والقواعد الشرعية صحة العقد المذكور ، مع ما شرط فيه كغيره من العقود المشروطة بشروط سايغة فيصح العقد ويجب الوفاء بالشرط بمعنى أنه يلزم ذلك لوقوعه في عقد لازم ، فلو لم يف بالشرط تسلط الاخر على الفسخ على أحد القولين ، أو مع عدم امكان جبره على القيام بالعقد وما اشتمل عليه من الشرط كما هو القول الاول فيأثم على هذا القول بالاخلال بذلك كما تقدم تحقيقه في كتاب البيع ، وأولى منه بالجواز مامنعه ابن الجنيد والله العالم .

الرابعة ـ لو كانت الاصول لمالكين فساقيا واحداً إما بايقاع العقد منهما معاً أو من أحدهما اصالة ووكالة ، فلايخلو إما أن يكون الحصة المشترطة للعامل منهما سواء كالنصف أو الثلث كان يقول أحدهما : ساقيتك على هذه الاصول اصالة ووكالة

بنصف حاصلها ولا اشكال في الصحة ، سواء علم العامل بقدرحصة كل منهما أم لم يعلم ، لان حصته معلومة من الجميع ، والجميع معلوم له أيضا ، فلا يضره الجهل بحصة كل منهما أو تكون متفاوتة ، بان شرط له أحدهما النصف ، والاخر الثلث فقال: ساقيتك من نفسي وعن شريكي على هذه الاصول على أن لك من حصتي النصف ومن حصة شريكي الثلث ، فلابد في صحة العقد من علم العامل بحصة كل واحد ، لئلا يتجهل حصته لانه بمنزلة عقدين فلو ساقاه والحال هذه بطلت المساقاة ، ورجعت الثمرة الى المالكين ، وكان للعامل أجرة المثل كما تقدم ذكره .

قال في المسالك بعد البحث في المقام : ولا فرق على تقدير العلم بحق كل واحد بين الاثنين والزايد عليهما ، فلو كان بستاناً واحداً بين ثلاثة بالسوية فساقوا عليه واحداً يعلم بقدر النصيب على أن له من نصيب واحد النصف ، ومن نصيب الثاني الربع ، ومن نصيب الثالث الثمن ، صح ، وتصح مسألتهم من أربعة وعشرين مخرج السهام في عدد الشركاء ، لكل واحد منهم ثمانية ، فللعامل من حصة الاول أربع ، ومن الثاني اثنان ، ومن الثالث واحد ، والباقي لهم على التفاوت المقرر ، ولو كانت البستان لستة ملاك بالسوية وساقوا عليه على أن له من نصيب واحد النصف ، ومن نصيب الثاني الربع ، ومن الثالث الثمن ، ومن الرابع الثلثين ومن الخامس الثلث ، ومن السادس السدس ، صح وتصح مسألتهم من مائة وأربعة و أربعين لكل واحد منهم أربعة وعشرون فيأخذ العامل ممن شرط له النصف اثنتي عشر ، ومن الثاني ستة ، ومن الثالث ثلاثة ، ومن الرابع ستة عشر ، ومن الخامس ثمانية ، ومن السادس أربعة ، فيجتمع له تسعة وأربعون ، وللملاك خمس وسبعون يتفاوتون فيها على ما تقرر ، و طريق بلوغها ذلك أن مخارج الثلاثة الاولى متداخلة يكفي فيها مخرج الثمن ومخارج الثلاثة الاخيرة متداخلة يكفي فيها مخرج السدس ، فتبقى ستة وثمانون ، وبينهما موافقة بالنصف تضرب نصف أحدهما في الاخر ثم تضرب المرتفع ، وهو أربعة وعشرون في عدد الشركاء ، وقس على

هذا ما شئت من فروض المسئلة ذكرنا منها هذا القدر للتدرب ، انتهى .

الخامسة ــ اذا هرب العامل بعد العمل ، وقبل اتمامه قالوا : انه لا يصح للمالك الفسخ بمجرد ذلك ، لان المساقاة من العقود اللازمة لا تنفسخ بمجرد هرب العامل ولا يتسلط المالك على فسخها فيستصحب اللزوم حتى يثبت الفسخ كما لو امتنع عن العمل مع حضوره ، بل للمالك أن يطلبه ويجبره على العمل فان أبى مع حضوره أو تعذر طلبه مع هربه فان حصل من يقوم بالعمل تبرعاً ولو كان المالك بنفسه ، والا رفع الامر الى الحاكم فيطلبه ويجبره ، فان تعذر أخذ من ماله واستأجر عنه ، لاتمام العمل ، لانه مستحق عليه ، فان لم يكن له مال يستأجر بالدين عليه الى وقت الحاصل أو يستأجر من بيت المال قرضاً عليه ، ولو تعذر جميع ذلك اما لعدم الحاكم ، أو لعدم من يعمل له أو لعدم بسط يده ، أو لعدم امكان اثبات الحق عنده ، تخير المالك بين فسخ المساقاة دفعاً للضرر ، وبين ابقائها .

أقول : حيث كان الحكم المذكور غير منصوص لا بالعموم ولا الخصوص فللمناقشة فيما ذكروه مجال ، وللقائل فيه مقال ، فانه يمكن أن يتطرق اليه الاحتمال بأن يقال : لو كان العقد يقتضي كون العمل من العامل خاصة أو أنه لا يوجب العمل المشترط من غيره ، فينبغي جواز الفسخ للمالك ، للزوم الحرج والضرر لو لم يجز له ذلك ، وان وجد باذل متبرع أو حاكم يعين من يقوم بالعمل فهو ظاهر بل يمكن القول بجواز الفسخ له مع الاطلاق أيضا ، خصوصاً مع عدم الباذل ، وما ذكروه من التكلفات بالرجوع الى الحاكم وما أوجبوه على الحاكم كله منفي بالاصل ويؤيده أن حقه ثابت في ذمة العامل ، فله أن لا يقبل من غيره ، ولا يجب عليه تحصيله من غيره وان أمكنه ، ولان الحصة انما جعلت له بشرط العمل فاذا امتنع عنه سقط حقه كما قالوا في البيع من أن لاحد المتبايعين الامتناع من حق الاخر على تقدير امتناع ذلك الاخر ، وكذا الاجارة .

ويعضده أيضاً أن شرط العمل هنا ليس بأقل من الشروط المذكورة في

العقود ، وهم قد صرحوا بأن فائدة الشرط على تقدير عدم الاتيان به ممن شرط عليه تسلط الاخر على الفسخ .

وبالجملة فان ماذكروه من الحكم الذى قدمنا نقله عنهم لايخلو من شوب الاشكال لما عرفت ، ثم انهم قالوا فى صورة تخير المالك بين الفسخ وابقاء العقد مع تعذر العمل ـ على الوجه المتقدم تفصيله فى كلامهم ـ : انه ان فسخ المالك صارت الثمرة له ، وعليه أجرة المثل لذلك العمل الذى عمله العامل قبل هربه ، لانه عمل محترم صدر باذن المالك فى مقابلة عوض ، وقدفات العوض بالفسخ ، فيجب قيمته وهو المراد من أجرة المثل .

لكن انما يفسخ اذا كان ذلك قبل ظهور الثمرة ، أوبعده اذا لم يمكن بيعها أوبعضها للانفاق على العمل ان لم يف به ، والا باعها أوبعضها ان أمكن الاجتزاء به ، والا فسخ لزوال الضرر ، ولولم يوجد راغب فى البعض مع الاكتفاء به فى العمل باع الجميع ، وحفظ الباقى للعامل ، وان لم يفسخ ـ واختار البقاء على العقد والحال على ما عرفت فقد اختلف كلامهم هنا ، فقيل : ان له أن يستأجر على بقية العمل ، و يشهد على ذلك ، ويرجع به على العامل ، ولولم يشهد لم يرجع سواء أمكنه الاشهاد أم لم يمكن ، لان الاشهاد شرط فى جواز الرجوع ، كاذن الحاكم فينتفى بدونه .

و ظاهر المحقق الاردبيلى أنه يرجع أيضا فى صورة تعذر الاشهاد دفعا للضرر ، و للزوم العقد ، وحمل الاطلاق فى كلام من قال بهذا القول على التقييد بالامكان ، والمحقق فى الشرايع قد جزم هنا بأنه لولم يشهد لم يرجع ، و تردد فى الرجوع مع الاشهاد ، فقال : ولولم يفسخ و تعذر الوصول الى الحاكم كان له أن يشهد انه استأجر عنه ، ويرجع عليه على تردد ، ولولم يشهد لم يرجع .

قال فى المسالك : فى توجيه التردد : من لزوم الضرر بدون ذلك ، و هو منفى بالاية والرواية ، ومن أصالة عدم التسلط على مال الغير ، وثبوت شىء فى ذمته بغير أمره أومن يقوم مقامه .

أقول : يمكن الجواب بأن الضرر انما نشأ من اختياره عدم الفسخ ، و الا فانه يمكنه اسقاطه بالفسخ ، لتسلطه على ذلك .

وقيل : انه يرجع مع تعذر الاشهاد لامع امكانه ، كما في اذن الحاكم دفعاً للحرج والضرر ، وهذا القول لاأعرف له وجهاً ظاهراً وقيل : انه يرجع مع الانفاق بنيّة الرجوع مطلقا أشهد له أم لم يشهد ، واليه مال في المسالك ، قال : وهو الاقوى اذلا مدخل لشهادة الشاهدين في التسلط على مال الغير واثبات شيء في ذمته ، ولا ولاية لهما على العامل ، وانما فائدتهما التمكن من اثبات الحق ، وهو أمر آخر والمقتضى لعدم الرجوع هو نية التبرع أو عدم نية الرجوع ، ولاصالة عدم الاشتراط ، فعلى هذا يثبت حقه في ذمته فيما بينه وبين الله تعالى ، ويحتمل قويا قبول قوله بيمينه ، لان الاصل أن الانسان لايتبرع بعمل يحصل به غرامة عن الغير ، انتهى .

وهوجيد بالنسبة الى تعليلات باقي الاقوال المذكورة هنا ، لكن قد عرفت مافي المسئلة من الاشكال لعدم الدليل الواضح القاطع لمادة القيل والقال ، مع ماقد منا ذكره من الاحتمال ، ثم انه على أى من هذه الاقوال متى تحقق الرجوع على العامل فانه ان أمكن الاخذ منه ، والا أخذ من الحصة التي له ، فان زادت على ذلك رد عليه ، وان نقصت كان الباقي ديناً عليه يتبع به ، والله العالم .

السادسة : قيل : اذا ادعى المالك أن العامل خان أوسرق أو أتلف أوفرط فتلف وأنكر فالقول قوله مع يمينه ، و بتقدير ثبوت الخيانة هل يرفع يده أويستأجر من يكون معه من أصل الثمرة ، الوجه أن يده لاترفع عن حصته من الربح ، وللمالك رفع يده عما عداه ، ولوضم المالك اليه أمينا كانت أجرته على المالك خاصة .

أقول : الكلام هنا يقع في مواضع ثلاثة : أحدها ـ أن ماذكره من أن القول

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قول العامل بيمينه هو مقتضى القواعد الشرعية ، لانه في الحقيقة بالنسبة الى حصة المالك أمين ، كعامل القراض ، والاصل عدم ما ادعاه المالك ، فيكون القول قول المنكر بيمينه .

قال العلامة في التذكرة انما تسمع دعوى المالك في ذلك كله اذا حرر الدعوى وبين قدر ما خان فحينئذ يقبل قول العامل بيمينه ان لم يكن بينة ، واعترضه في المسالك بأن هذا الكلام منه بناء على أن الدعوى المجهولة لاتسمع ، مع أن مذهبه في باب القضاء سماع الدعوى المجهولة .

ثم قال : فلو قلنا بسماعها كما هو الاقوى كفى في توجه الدعوى مجرد دعوى أحد هذه الامور من غير احتياج الى بيان القدر ، وهذه قاعدة ببابها أليق ، فلا وجه لتخصيص البحث فيها بهذه الدعوى ، انتهى .

وثانيها ما ذكره من الوجه الجامع بين عدم رفع يده بالكلية ، وبين تصرفه في الجميع ، كالحال الاولى فانه جيد ، ومرجعه الى تصرفه في حصته خاصة ، ولكن لما كانت الحصة شايعة ومشتركة والتصرف فيها مستلزم للتصرف في مال المالك ، فانه يضم اليها المالك أميناً من جهته ، وكان الوجه في رفع يده بالكلية ، هو ما ذكرنا من أن اثبات يده على حصة يستدعي اثباتها على حصة المالك من حيث الاشتراك ، وعدم التمييز ، واثبات يده على حصة المالك غير جائز ، بل الواجب رفع يده عنها ، ولايتم ذلك الا برفع يده عن حصته ، وما لايتم الواجب الابه فهو واجب ، فيجب عليه رفع يده عن حصته من باب مقدمة الواجب .

ورد مع ــ ظهور مخالفته للقواعد الشرعية و « أن الناس مسلطون على أموالهم » (١) ــ بأن اللازم منه ترجيح أحد الحقين بلا مرجح ، وأنه يمكن دفع ذلك بضم المالك للعامل أميناً من جهته .

وثالثها ما ذكره من أن أجرة النايب على المالك خاصة ، والوجه فيه ظاهر ،

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ .

لانه قائم مقامه في حفظ ماله ، وعمله لمصلحته .

وخالف فيه بعض العامة فجعلها على العامل ، لان مؤنة الحفظ عليه ، وفيه أن العامل انما يجب عليه العمل ، وهو باذل له ، وخيانته لاترفع ذلك ، ولايجوز أن يجعل الاجرة من الاصل ، لان في ذلك حق للعامل ، فلايصح بدون اذنـه ، والله العالم .

السابعة ــ لاخلاف في أنه لوظهرت الاصول المساقى عليها مستحقة للغير ، بطلت المساقاة كما صرحوا به ، الا أنـه يجب تقييده بناء على قولهم بصحة العقد الفضولي بعدم اجازة المالك ، لان الغاصب عندهم ــ داخل في الفضولي كما قد منا نقله عنهم فـي كتاب البيع ، (١) بل صرح بـه في المسالك هنا أيضا (فقال : ان المساقي الغاصب ــ لايقصرعن كونه فضولياً ، فينبغي تقييده بما اذا لم يجز المالك المساقاة ، ثم اعترض على نفسه ، فقال : لايقال : ان مثل ذلك لايتصور فيه اجازة المساقاة مع وقوع العمل له بغير عوض ، فكيف ترضى بدفع العوض ، وهو الحصة مع ثبوتها له مجاناً ، ثم أجاب بأن هذا الاستبعاد انما يتم لوكان الظهور بعد تمام العمل ، والمسئلة مفروضة في ما هو أعـم ، فيمكن أن يبقى مـن العمل مايؤثـر المستحق منه دفــع الحصة في مقابلة البـاقي ، لان الاغراض لا تنضبط ، انتهـى وهو جيد لوقلنا بصحة الفضولي .

ثم انه مع الحكم ببطـلان المساقاة فان الثمرة تكون لمستحـق الاصل ، لانهانماء ملكه ، ولم يحصل الانتقال منه لا في الكل ولا في البعـض ، وللعامل الاجـرة على من ساقـاه ، لانه استعمله بعوض لم يسلم له ، فيجب عليه دفـع أجرة المثل ، كما تقدم ذكره من أن كل موضع تبطل المساقاة فالواجب أجرة المثل ، ويجيء على القول الاخر أقل الامرين كما تقدم أيضا .

هذا كله مع جهل العامل كما هومقتضى عنوان المسئلة وسياق الكـلام ،

---

(١) ج ١٨ ص ٣٨١ .

والا فلو كان عالماً بالغصب لم يرجع على المساقي بشيء ، ولو هلكت الثمرة كملا أوسرقت فلاشيء للعامل والفرق بين هلاكها وسرقها وبين استحقاق الغير لها الموجب لاجرة المثل أن ظهور استحقاقها موجب لبطلان العقد وبطلان العقد موجب لاجرة المثل كما عرفت ، وأما في صورة هلاكها وسرقها فان العقد صحيح ، والعامل شريك المالك بالحصة المقررة له ، فاذا تلف ذلك كان على الجميع .

ولو كان ظهور استحقاق الاصول بعد ظهور الثمرة فهيهنا صورتان : الاولى ـ أن يكون الثمرة باقية ، ولا اشكال في وجوب ردها على المالك كما تقدم ، الثانية : ـ أن يتلف الثمرة بعد اقتسامها بين المساقي والعامل ، فقيل : بأنه يرجع المالك على كل منهما بما قبضه وأتلفه ، وهو المنقول عن الشيخ في المبسوط ، وقيل : بأن له مع ذلك الرجوع بالجميع على الغاصب ، فيتخير بين الامرين ، وهو اختيار المحقق في الشرايع ، وقيل : له مع ذلك الرجوع على العامل بالجميع ، فيتخير بين الامور الثلاثة ، وهو اختياره في المسالك ، وهذا هو الموافق لقواعدهم في الغصب ، من أن كل من وقع يده على المغصوب وتصرف فيه فللمالك الرجوع عليه .

قال في الشرايع : ولو اقتسما الثمرة ، وتلف كان للمالك الرجوع على الغاصب بدرك الجميع ، ويرجع الغاصب على العامل بما حصل له ، وللعامل على الغاصب أجرة عمله ، أو يرجع على كل واحد منهما بما حصل له ، وقيل : له الرجوع على العامل بالجميع ان شاء ، لان يده عارية والاول أشبه ، الاأن يكون العامل عالماً به .

وقال في المختلف : اذا ظهر النخل مستحقاً بعد أن اقتسما الثمرة وأتلفاها رجع المالك على العامل بنصف الثمرة ، لاجميعها ، قاله الشيخ في المبسوط ، لانه ماقبض الثمرة كلها ، وانما كان مراعياً لها حافظاً نائبا عن الغاصب ، فعلى هذا لو تلفت كلها بغير تفريط فلاضمان عليه ، والاقرب أن عليه الضمان في الموضعين للجميع ويرجع على الغاصب ، لانه غار ، انتهى وهو ظاهر في اختياره جواز الرجوع على

العامل بالجميع كما اختاره في المسالك .

اذاعرفت ذلك فحجة القول الاول اشتغال ذمة كل منهما بمال المالك ، فيرجع على كل منهما بما أتلفه ، وعدم رجوعه بالجميع على العامل لما علله به في المختلف ، وأما حجة القول الثاني فبالنسبة الى الرجوع عليهما ماعرفت ، وأما الرجوع على الغاصب بالجميع ، فلانه الاصل في تلف الجميع من حيث تصرفه بالاخذ منه ، واعطاء العامل منه ، وأما عدم رجوعه بالجميع على العامل فلما عرفت من التعليل المذكور في المختلف .

وحجة القول الثالث ما تقدمت الاشارة اليه ، وسيأتي بيانه ـ ان شاء الله تعالى ـ في كتاب الغصب وملخصه تخيير المالك في الرجوع على كل منهما بالجميع و بالبعض ، لان كلامنهما ضامن لجميع الثمرة ، بوضع يده عليها ، وقوله في تعليل نفي ضمان الجميع عن العامل أنه انماكان راعياً حافظا نائبا عن الغاصب لايمنع كون يده على الثمرة ، وان كان بطريق النيابة ، والسبب الموجب للضمان هوذلك .

وعلى هذا فان رجع المالك على الغاصب بالجميع رجع الغاصب على العامل بالحصة التي قبضها وأتلفها ، لعدم استحقاقه لها بعد ظهور فسادالعقد ، ورجع العامل على الغاصب بأجرة المثل مع جهله ، وان رجع بالجميع على العامل رجع العامل على الغاصب بما استهلكه من الثمرة ، وبأجرة مثله مع جهله ، ومع علمه لايرجع بالاجرة ، وانما يرجع بحصة الغاصب خاصة ، ولو رجع على كل منهما بما قبضه ، فليس لاحدهما الرجوع على الاخر بشيء من الثمرة ، نعم يرجع العامل على الغاصب بأجرة المثل مع الجهل كما عرفت .

بقي هنا صورتان آخران أيضاً : وهو أن يتلف الجميع في يد العامل ، أو يتلف الجميع في يد الغاصب ، قالوافي الاولى : انه لاريب في رجوعه على العامل بحصة ، وكذا يرجع عليه بحصة الغاصب ، لانه وان كان يده عليها يدأمانة بالنظر الى ظاهر الامر أولا حيث أنه أمين من جهة المساقي ، الا أنه بعد ظهور

الغصب فانه يرجع على الغاصب بما أخذه من المالك ، لانه غره ، فيرجع عليه ، لغروره له ، وفي الثانية يترتب على كون يد الغاصب يد أمانة أو يدضمان ؟ فيترتب على كل منهما مقتضاه كما سيأتي ـ انشاء الله ـ تحقيقه في كتاب الغصب .

الثامنة ـ الخراج في الارض الخراجية ، وهي المفتوحة عنوة على المالك لانه بمنزلة الاجرة ، بل هوأجرة الارض مع خلوها عن الشجر ، وقد يوضع على الشجر المغروس فيها بواسطة الارض ، لان حق المسلمين انما هو في الارض لافي الشجر ، حيث انه مال المالك الذى غرسه ، الا أن يكون فيها وقت الفتح ، فانه للمسلمين أيضا ، وبالجملة فان الارض والاشجار لما كانت ملكا للمالك فجميع ما عليها وما يحتاجان اليه يلحق بالمالك ، ومنه الخراج ، الا أن يشترط على العامل ، أويشترط كونه بينهمامعاً ، وحنيئذ فلا بدمن علمهما بقدره ، ليصح اشتراطه في العقد اللازم ، ولايتجهل لجهل العوض ، ولوزاد السلطان بعد ذلك فهو على المالك ، ولايدخل في الشرط كما تقدم نظيره في المزارعة .

التاسعة ـ قالوا : ليس للعامل أن يساقي غيره ، أما اذاشرط في متن العقد العمل على العامل بنفسه فظاهر، لوجوب الوفاء بالشرط ، وبطلان المشروط بالاخلال بالشرط ، وأما مع الا طلاق بأن يكون العمل في الذمة فانهم عللوا المنع بأن المساقاة انما تصح على أصل مملوك للمساقي والعامل لايملك الاصول وانما يملك الحصة من الثمرة بعد ظهورها ، كما تقدم في تعريفها ، وظهر من أحكامها .

وتوضيحه أن في المساقاة تسليطاً على أصول الغير ، وعملها والناس يختلفون في ذلك اختلافا زايداً ، فليس لمن رضى المالك بعمله وأمانته أن يولى من لم يرضه المالك لذلك ، و هذا بخلاف المزارعة كما تقدم ذكره في المطلب الاول من أنها لماكانت من العقود اللازمة الموجبة لنقل المنفعة الى العامل بالحصة المعينة كان للعامل نقلها الى غيره ، لعموم « الناس مسلطون على أموالهم »(١) ولا يتوقف ذلك

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ .

على اذن المالك ، اذ لاحق له في المنفعة .

نعم تسليم الارض يتوقف على اذنه الا أن هذا انما يتم فيما اذا كان البذر من العامل ، أما لو كان من صاحب الارض فالاصل أن لايتسلط عليه الامالكه ، أومن أذن له وهوالزارع .

وظاهر المحقق الاردبيلي جواز مساقات الغير هنا ، لعموم الادلة ، وعدم المانع اذافهم الاذن من المالك ، فانه لافرق بينها وبين المزارعة .

ويظهر من المسالك الجواز فيما لو ظهرت الثمرة ، وبقي بسببها عمل يحصل بسببه الزيادة فيها ، فان المساقات حينئذ جائزة ، والعامل يصير شريكاً ، الى آخر كلامه .

وكيف كان فالمسئلة عندي محل توقف واشكال ، لخلوها من النص القاطع لمادة القيل والقال ، وقد تقدم في مسئلة جواز مزارعة الزارع لغيره ماهو من هذا القبيل والله الهادي الى سواء السبيل .

العاشرة ــ لاخلاف بينهم في أن الفائدة تملك بالظهور ، وأسنده في التذكرة الى علمائنا ، مؤذنا بدعوى الاجماع عليه ، وفي المسالك لانعلم فيه خلافاً ، والخلاف فيه من بعض العامة ، حيث جعل ملك العامل موقوفاً على القسمة .

والوجه في القول المشهور ــ زيادة على الاجماع المذكور ــ أن العقد قد اقتضى كون الثمرة بينهما ، لاشتراط ذلك فيه ، وصحة العقد والشرط تقتضي ثبوت مقتضاهما ، كغيره من الشروط الصحيحة ، فمتى تحققت وظهرت دخلت في ملكها ، ويتفرع على ذلك وجوب الزكاة على من بلغ نصيبه منها نصاب الزكاة ، لتحقق شرط وجوب الزكاة ، وهوملك الثمرة قبل تحقق الوجوب ونموها في ملكه .

ونقل الخلاف هنا عن السيد بن زهرة ، فانه أوجب الزكاة على من كان منه البذر ، مستنداً الى أن الحصة كالاجرة ، قال ــ على ما نقله عنه في المختلف ــ : لازكاة على العامل ، لانه أخذ حصته أجرة .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أقـول : و بذلك قال أيضاً في المزارعة ، حيث قال : كل من كان البـذر منه وجبت الزكاة عليه دون الاخـر ، لان ما يأخذه كالاجرة .

وقال ابن ادريس في كتـاب المزارعة من كتاب السرائر : فأما الزكاة فان بلغ نصيب كل واحـد منهم مايجب فيـه الزكاة وجب عليه ، لانه شريك مالك ، سواء كان البذر منه أو لم يكن ، وليس ما يأخذه المزارع الذي منه العمل دون البـذر أجرة ، ولا كالاجرة .

وقال بعض أصحابنـا المتأخرين في تصنيف له : كل من كان البـذر منه وجب عليه الزكاة ، ولا تجب الزكاة على من لا يكون البذر منه ، قال : لان ما يأخذه كالاجـرة ، والقـائل بهذا القول العـلوي أبو المكارم بن زهرة الحلـبي ، شاهدته ورأيته وكاتبته وكاتبني ، وعرفته ماذكره في تصنيفه من الخطأ ، فاعتذره بأعذار غير واضحة ، وأبان بها أنه ثقل الرد عليه ، ولعمري ان الحق ثقيـل كله ، ومن جملة معاذيره ومعارضاته لي في جـوابه أن المزارع مثـل الغاصب للحب ، اذا زرعه ، فان الزكاة تجب على رب الحب ، دون الغاصب ، وهذا من أقبح المعارضات وأعجب الشبهات ، وانما كانت مشورتي عليه أن يطالع تصنيفه وينظـر في المسألة ويغيرها قبل موته ، لئلا يستدرك عليه مستدرك بعد موته ، فيكون هو المستدرك على نفسه ، فعلت ذلك في علم الله شفقة وسترة عليه ونصيحة له ، لان هذا خلاف مذهب أهل البيت(عليهم السلام) ، وشيخنا (رحمةالله عليه) قد حقق المسألة في مواضع عدة(عديدة) من كتبه ، وقال: الثمرة والزرع نماء على ملكهما ، فيجب على كل واحد منهما الزكاة اذابلغ نصيبه مقدار مايجب فيه ذلك ، وانما السيد أبوالمكارم نظر الى ما ذكره شيخنا من مذهب أبي حنيفة في مبسوطه ، فظن أنه مذهبنا ، فنقله في كتابه على غـير بصـيرة ولا تحقيق ، وعرفته أن ذلك مذهب أبي حنيفة ذكره شيخنا أبو جعفر في مبسوطه ، لما شرح أحكام المزارعة ، ثم عقب بمذهبنا

وأومأت الى المواضع التي حققها شيخنا في كتاب الفرائض وغيره فما رجع وما غيرها في كتبه ، ومات (رحمه‌الله) وهو على ماقاله نسئل الله له بالغفران وحشره مع آبائه في الجنان ، انتهى كلامه .

وقال العلامة في المختلف بعد نقل ملخص هذا الكلام عن ابن ادريس : وقول ابن ادريس وان كان جيداً مستفاداً من الشيخ أبي جعفر الا أن قول ابن زهرة ليس بذلك البعد من الصواب .

أقول : الظاهر أن الحامل لشيخنا العلامه (رحمة‌الله عليه) لنفي البعد عن هذا القول انما هو التحامل على ابن ادريس ، والا فهو في البعد من الصواب أظهر من أن يخفى على سائر ذوى الالباب .

قال شيخنا الشهيدالثاني في المسالك ـ بعدنقل القول المذكور ونعم ماقال ـ : وضعفه ظاهر ، لان الحصة قد ملكت هنا بعقد المعاوضة ، في وقت يصلح لتعلق الزكاة بها ، لا بطريق الاجرة ، ثم لو سلّم كونها كالاجرة فمطلق الاجرة لا تمنع من وجوب الزكاة ، بل اذا تعلق الملك بها بعد الوجوب ، اذ لو استأجره بزرع قبل بدو صلاحه ، أو آجره المالك الارض بالزرع كذلك ، لوجبت الزكاة على مالك الاجرة ، كما لو اشترى الزرع كذلك .

نعم لوكان يذهب الى أن الحصة لايملكها من لابذر له بالظهور ، بل بعد بدو صلاحها ونحوه أمكن ترتب الحكم عليه ، لكنه خلاف اجماع الاصحاب ؛ ومع ذلك لايتم تعليله بالاجرة ، بل بتأخر ملكه عن الوجوب ، ثم نقل كلام ابن ادريس ، وأنه كاتبه الى حلب ، ونبّهه على فساد قوله ولم يقبل ، وأنه مات على ما قاله ، ثم نقل كلام العلامة في المختلف ، وأن هذا القول ليس بذلك البعد من الصواب ، ثم قال : وهو خلاف الظاهر ، و الظاهر أن الحامل له على ذلك كثرة تشنيع ابن ادريس عليه ، انتهى .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

تذنيب :

أجمع أصحابنا على بطلان المغارسة ، وبه قال أكثر العامة أيضا وهي عبارة عن أن يدفع أحد أرضاً الى غيره ليغرسها على أن يكون الغرس بينهما معاً ، و مستند الاصحاب في البطلان هو عدم ورود نص بجوازها ، لان المعاوضات موقوفة على اذن الشارع ، وحيث لم يرد فيها كغيرها من العقود المشهورة اذن ، لاجرم وجب الحكم ببطلانها .

وتنظر فيه المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) وتبعه الفاضل الخراساني في الكفاية ، بأنه يمكن استفادة ذلك من بعض العمومات ، فانه لولا الاجماع المدعى لامكن القول صحة ذلك ، قالوا : ولا فرق بين أن يكون المغروس من مالك الارض ، أومن العامل ، ولابين أن يشترط العامل جزء من الارض مع حصة من الغرس ، و عدمه ، وحيث ثبت بطلان المعاملة المذكورة ، فالغرس لصاحبه ، الا أنه ان كان صاحبه هوصاحب الارض ، فعليه للعامل أجرة مثل عمله ، لانه لم يعمل مجاناً بل بحصة لم تسلم له ، وان كان صاحبه هو العامل ، فعليه لصاحب الارض أجرة المثل ، عوضاً عن مدة شغله لها ، ولصاحب الارض قلعه ، لبطلان المعاملة ، وأنه غير مستحق للبقاء فيها ، لكن بالارش حيث أنه صدر عن اذنه ، فليس بعرق ظالم ، و ظاهر كلامهم أنه لافرق في ذلك بين العالم بالبطلان ، و الجاهل به .

وأنت خبير بانه لايبعد الفرق بين الحالين وتخصيص الحكم المذكور بحال الجهل ، وأما مع العلم فانه لاأجرة للعامل فيما اذا كان الغرس لصاحب الارض ، ولا لصاحب الارض فيما اذا كان الغرس للعامل ، ولا أرش لصاحب الغرس مع علمه ، لان الاول مع علمه ببطلان العقد وأنه لايستحق الحصة في مقابلة عمله يكون متبرعاً بالعمل حينئذ ، و مقتضى تعليل وجوب الاجرة بأنه انما عمل لاجل الحصة و لم

تسلم له فوجب له الاجرة لايجرى الا فى صورة الجهل ، كما هو ظاهر .

والثاني قد أذن للعامل في التصرف في أرضه بالحصة مع علمه بعدم استحقاقها ، فيكون في معنى الاذن بغير عوض ، فكيف يستحق عليه أجرة والحال هذه .

والثالث فمن حيث ظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه ، وفي هذا نظر، فانه انما غرس بالاذن كما هو المفروض أولا فعرقه ليس بظالم ، فيكون مستحقا للارش .

بقي الكلام في المعنى المراد من الارش هنا ، قال في المسالك : والمراد بالارش هنا تفاوت ما بين قيمته في حالتيه ، على الوضع الذى هو عليه ، و هو كونه حال غرسه باقياً بأجرة ، أو مستحقاً للقلع بالارش ، و كونه مقلوعاً لان ذلك هو المعقول من أرش النقصان ، لاتفاوت ما بين قيمته قائماً مطلقا ، أومقلوعاً، اذلاحق له في القيام كذلك ليقوم بتلك الحالة ، ولا تفاوت ما بين كونه قائما بأجرة ومقلوعاً لما ذكرنا ، فان استحقاقه للقلع بالارش من جملة أوصافه ، ولا تفاوت ما بين كونه قائماً مستحقاً للقلع ، ومقلوعاً لتخلف بعض أوصافه أيضاً كما بيناه ، ولا بين كونه قائماً مستحقاً للقلع بالارش و مقلوعاً لتخلف وصف القيام بأجرة .

وهذه الوجوه المنفية ذهب الى كل منها بعض ، واختار الثانى منها الشيخ علي (رحمة الله عليه) والاخير فخرالدين فيما ينسب اليه ، والاخران ذكرهما من لايعتد بقوله ، ثم قال : ويجب على العامل مع ذلك أرش الارض لونقصت به ، وطم الحفر ، خصوصاً لوقلعه بغير أمر المالك ، وقلع العروق المتخلفة عن المقلوع.

تنبيهان :

الاول : قال في المسالك : لوكان الغرس من مالك الارض لكن الغارس ركب فيه نوعاً آخر كما في شجر التوت ونحوه ، فالمركب للغارس ان كان أصله

ملكه ، وكـذا نماؤه مدة بقائـه ، و عليه مع أجـرة الارض أجرة أصول الغرس أيضا ، وللمالك ازالة المركب مع الارض كمامر ، انتهى .

الثاني : قالوا : لو بذل صاحب الارض للغارس قيمة الغرس ليكون الغرس لـه ، بأن يبيعه اياه لـم يجب عليه القبول ، وكذالـو دفع الغارس أجرة الارض ليبقى غرسه فيها لم يجب عليه القبول ، والوجه في الموضعين واضح ، لانهامعاوضة وصحتها موقوفة على التراضي من الطرفين ، والله العالم .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كتـاب الوديعـة

وتحقيق الكلام في هذا الكتاب يقتضي بسطه في بحوث ثلاثة :

البحث الاول ـ الوديعة ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع ، قال الله تعالـى « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها »(١) ، وقال تعالى « فليؤدى الذين اؤتمن أمانته وليتق الله ربه » (٢) .

وأما السنة فالاخبار بذلك مستفيضة تكاد تبلغ حد التواتر المعنوى ، فروى في الكافـي والتهذيب عن الحسـين الشيباني (٣) عـن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : قلت له : ان رجلا من مواليك يستحل مال بني أمية ودمائهم وانـه وقع لهم عنده وديعة ، فقال : أدوا الامانات الى أهلها وان كانوا مجوسياً ، فان ذلك لايكون حتى يقوم قائمنا (عليه السلام) فيحل ويحرم .

أقول : الظاهر أنه لامنافاة بين استحلال أمـوالهم ودمائهم وبين وجوب أداء الامانـة لهم لما سيظهر لك من تكاثر الاخبار بوجوب أدائها ، وان كان من يحل ماله ، كما يشـير اليه التمثيل بالمجوس .

---

(١) سورة النساء ــ الاية ٥٨ .

(٢) سورة البقرة ــ الاية ٢٨٢ .

(٣) الـكافـي ج ٥ ص ١٣٢ ح ٢ ، التهـذيـب ج ٦ ص ٣٥١ ح ١١٤ الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٢ ح ٥

ويحتمل حمل الخبر على عمومه من تحريم أموالهم ودمائهم ، و يكون حينئذ خارجاً مخرج التقية كما يشير اليه آخر الخبر ، و يمكن حمل آخر الخبر بناء على المعنى الاول على أنه يجب أداء الامانة لهم في ذلك الوقت ، وأنه يتغير هذا الحكم بعد ظهوره (عليه السلام) ولايخلو عن شيء .

وروى في الكافي عن محمد بن مسلم (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : قال أمير المؤمنين (عليه السلام) أدوا الامانات ولو الى قاتل ولد الانبياء (عليهم السلام) » وروى في الكافي والتهذيب عن عمر بن أبي حفص (٢) « قال : سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول : اتقوا الله وعليكم بأداء الامانة ، الى من أئتمنكم فلو أن قاتل علي بن أبي طالب (عليه السلام) ائتمنني على أمانة لاديتها اليه .

وعن عمار بن مروان (٣) « قال : قال أبو عبدالله (عليه السلام) في وصية له : اعلم أن ضارب علي (عليه السلام) بالسيف وقاتله لو ائتمنني على سيف واستنصحني أو استشارني ثم قبلت ذلك منه لاديت اليه الامانة » .

وعن محمد بن القاسم بن الفضيل (٤) « قال : سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلا من مواليك مالا له قيمة ، والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لايعطيه شيئاً ، ولا يقدر له على شيء والرجل الذي استودعه رجل خبيث خارجي فلم أدع شيئاً ، فقال لي : قل له : رده عليه، فانه ائتمنه عليه بأمانة الله عزوجل » .

وروى في الكافي عن عبد الرحمان بن سيابة (٥) قال : لما أن هلك أبي سيابة جاء رجل من اخوانه اليّ فضرب الباب عليّ فخرجت اليه فعزاني وقال لي : هل ترك أبوك شيئاً ، فقلت له : لا فدفع اليّ كيساً فيه ألف درهم وقال :

(١) الكافي ج ٥ ص ١٣٣ ح٣
الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٣ ح ٦ .

(٢) و (٣) و (٤) الكافي ج ٥ ص ١٣٣ ح ٤ و ٥ و ٨ ، التهذيب ج ٦ ص ٣٥١ ح ١١٥ و ١١٦ و ١١٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢١ ح ٢ و ص ٢٢٣ ح ٨ و ٩ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ١٣٤ ح ٩ . الوسائل ج ١٣ ص ٢١٩ ح ٦

أحسن حفظها وكل فضلها ، فدخلت الى أمي وأنا فرح فاخبرتها فلما كان بالعشي أتيت صديقاً كان لابي فاشترى لي بضايع سابرى و جلست في حانوت فرزق الله فيها خيراً كثيراً ، فحضر الحج فوقع في قلبي فجئت الى أمي وقلت لها : قد وقع في قلبي أن أخرج الى مكة ؟ فقالت لي : فرد دراهم فلان عليه ، فهيتها وجئت بها اليه فدفعتها اليه فكاني وهبتها اليه ، فقال ، لعلك استقللتها فأزيدك ، قلت : لا ولكن وقع في قلبي الحج فأحببت أن يكون شيئك عندك ، ثم خرجت فقضيت نسكي ثم رجعت الى المدينة ، فدخلت مع الناس على أبي عبدالله (عليه السلام) وكان يأذن اذناً عاماً فجلست في موا خير الناس ، وكنت حدثاً فأخذ الناس يسئلونه ويجيبهم فلما خف الناس عنه أشار اليّ فدنوت اليه فقال لي :ألك حاجة ؟ فقلت له : جعلت فداك أنا عبد الرحمن بن السيابة فقال لي :مافعل أبوك قلت : هلك ، فتوجع وترحم ، قال : ثم قال لي : فترك شيئاً ؟ قلت : لاقال : فمن أين حججت ؟ قال : فابتدأت فحدثته بقصة الرجل ، قال : فماتركني أفرغ منها حتى قال لي : فما فعلت في الألف قال : قلت : رددتها على صاحبها ، قال لي : قد أحسنت وقال لي : ألا أوصيك ؟ قلت : بلى جعلت فداك ، فقال:عليك بصدق الحديث وأداء الامانة ، تشرك الناس في أموالهم هكذا ، وجمع بين اصابعه قال : فحفظت ذلك عنه فزكيت ثلاثمأة ألف درهم » الى غير ذلك من الاخبار الجارية في هذا المضمار .

وأما الاجماع فقد نقله جملة من الاصحاب منهم العلامة في التذكرة قال : وقد أجمع المسلمون كافة على جوازها ، وتواترت الاخبار بذلك .

أقول : ويؤكد ذلك دلالة العقل والنقل على قضاء حاجة المؤمن وادخال السرور عليه مع عدم المانع ، كما لو لم يثق من نفسه بالحفظ لبعض الاسباب المتوقف عليها ذلك ، قال في التذكرة ــ بعد أن صرح بالاستحباب كما ذكرنا ــ : ولو لم يكن هناك غيره فالاقوى أنه يجب عليه القبول ، لانه من المصالح العامة .

وبالجملة فان القبول واجب على الكفاية ، ثم استثنى ما اذا تضمن بالقبول

ضرراً في نفسه أو ماله أو على أحد من اخوانه المؤمنين ولابأس به ، وقال في التذكرة أيضاً : الوديعة مشتقة من ودع يدع : اذا استقروسكن ، أو من قولهم يدع كذا أي يتركه ، والوديعة متروكة مستقرة عند المستودع ، وقيل : انها مشتقة من الدعة ، وهي الخفض والراحة ، يقال : ودع الرجل : فهو وديع ووادع ، لانها في دعة عندالمودع ، لاتتبدل ولاتتبذل ولاتستعمل ، والوديعة يطلق في العرف على المال الموضوع عند الغير ليحفظه ، والجمع الودايع ، واستودعته الوديعة أي استحفظته أياها ، وعن الكسائي أو دعته كذا : اذا دفعت اليه الوديعة فقبلها ، وأودعته كذا : اذا دفع اليك الوديعة فقبلتها ، وهو من الاضداد والمشهور في الاستعمال المعنى الاول ، انتهى .

أقول : قال في كتاب المصباح المنير : والوديعة : هوفعيلة بمعنى مفعولة ، وأودعت زيداً مالا ، دفعته اليه ليكون عنده وديعة ، و جمعها ودايع ، واشتقاقها من الدعة وهي الراحة ،اوأخذته منه وديعة ، فيكون الفعل من الاضداد ، لكن الفعل في الدفع أشهر ، واستودعته مالا ، دفعته له وديعة يحفظه ، وقد ودع زيد بضم الدال وفتحها وداعة بالفتح ، والاسم الدعة وهي الراحة ، وخفض العيش والهاء عوض من الواو ، انتهى .

وقد عرفها بعض الفقهاء بأنها الاستنابة في الحفظ ، وعرفها في التذكرة بأنها عقد يفيد الاستنابة في الحفظ ، وهو أظهر قال : وهي جايزة من الطرفين بالاجماع ، ولكل منها فسخه ، ولابد فيها من ايجاب وقبول ، فالايجاب كل لفظ دل على الاستنابة بأي عبارة كان ، ولاينحصر في لغة دون أخرى ، ولا في عبارة دون أخرى ، ولايفتقر الى التصريح ، بل يكفي التلويح والاشارة ، والقبول قد يكون بالقول ، وهو كل لفظ يدل على الرضا بالنيابة في الحفظ ، بأي عبارة كان ، وقد يكون بالفعل ، وهل الوديعة عقد برأسه ؟ أو اذن مجرد ، الاقرب الاول ، انتهى .

وبنحو ذلك صرح جملة ممن تأخر عنه منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، حيث قال : مقتضى كونه عقداً تركيبه من الايجاب والقبول بالقولين، ومقتضى جوازه عدم انحصاره في عبارة ، بل يكفي كل لفظ دل عليه ، ولايعتبر فيه التصريح ، بل يكفي التلويح و الاشارة المفهمة لمعناه اختياراً ، ثم قال بعد قول المصنف (رحمة الله عليه) : ويكفي الفعل الدال على القبول ، أطلق المصنف وجماعة أنه يكفي القبول الفعلي مع اعترافهم بكونه عقداً نظراً الى أن الغاية منه انما هو الرضا بالاستنابة ، وربما كان الفعل فيه أقوى من القبول ، باعتبار التزامه ودخوله في ضمانه لوقصر ، بخلاف القبول القولي ، فأنه وان لزمه ذلك شرعاً الا أنه ليس صريحاً في الا لتزام من حيث أنه عقد جائز ، فاذا فسخه ولم يكن قبضه لم يظهر أثره واليد توجب الحفظ الى أن يرده الى مالكه ، لعموم « على اليد ما أخذت حتى تؤدى » (١) وهذا حسن ، الا أن فيه بعض الخروج عن حقيقة العقد ، ومن ثم ذهب بعض العلماء الى أنها اذن مجرد ، لاعقد ، وفرع عليه عدم اعتبار القبول القولي ، وآخرون الى أن الايجاب ان كان بلفظ أودعتك وشبهه مما هو على صيغ العقود وجب القبول لفظا ، وان قال احفظه ونحوه لم يفتقر الى القبول اللفظي ، كالوكالة ، وهو كلام موجه .

أقول : لايخفى أن ماطولوا به الكلام في هذا المقام من أنه لابد من عقد يشتمل على الايجاب والقبول والخلاف في القبول بكونه قولياً أوفعلياً ، وكذا الخلاف بكونه عقداً أو اذناً كله تطويل بغير طائل ، اذ لايظهر له عند التأمل والتحقيق ثمرة ولا حاصل ، والامر في ذلك معروف بين جملة الناس من عالم وجاهل ، فانه لاخلاف ولا اشكال في أن من قصد غيره بمال ليودعه عنده ، وجرى بينهما من الكلام مايدل على الرضا بذلك ، من الطرفين بحيث لايتوهم كونه هدية ولا عطية ولا بيعاً . ولا نحو ذلك ترتب عليه أحكام الوديعة شرعاً ، سواء

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ ح ١٢ .

سمي ذلك عقداً أو اذناً أو غير ذلك ، ولافرق أيضا في ذلك بين أن يكون الدال على المراد من ذلك لفظاً أو فعلا اذا اقترن بما يدل على المراد .

وبالجملة فالظاهر أنه يكفي مايدل على الاستنابة وقبولها مطلقا ، وأنها مجرد الاذن في النيابة ، وأنه مالم يقبض أو يقبل بما يفيد القبول لم يدخل في الضمان والا فانه يلزم الضمان ، وليس في النصوص زيادة على ماذكرنا عين ولا أثر

وكيف كان فتحقيق الكلام في المقام يقع في مواضع : الاول ـ اذا طرح الوديعة عنده فهيهنا صور :

الاولى ـ أن يطرحها عنده ولا يحصل منه مايدل على الاستنابة في الحفظ ، ولم يحصل من الاخر مايدل على القبول ، ولا اشكال في عدم ثبوت الوديعة ، ولا في عدم وجوب الحفظ .

الثانية ـ الصورة بحالها ولكن حصل القبول القولي من الاخر ، وحكمها كسابقها ، فانه بمجرد الطرح مالم يضم الى ذلك كونه وديعة ، لايستلزم وجوب الحفظ ، ولا الضمان .

الثالثة ـ الصورة الاولى بحالها ، ولكن قبضه الاخر ولاريب أنه لايصير وديعة ، ولكن يجب حفظه ، ويضمنه لخبر « على اليد ما أخذت حتى تؤدى »(١) .

الرابعة ـ أن يطرحه ويضم الى ذلك مايدل على قصد الايداع ، ويحصل القبول من الاخر قولا أو فعلا ، ولاريب في ثبوت كونه وديعة ، فيجب الحفظ ، ويضمن مع التفريط .

الخامسة ـ الصورة بحالها ولكن لم يحصل من الاخر مايدل على القبول لاقولا ولافعلا ، ولاريب في أنها لاتصير وديعة ، ولايجب عليه حفظها حتى لو ذهب وتركها لم يضمن ، الا أنهم صرحوا بأنه لو كان ذهابه بعد أن غاب المالك فانه يأثم لوجوب الحفظ عليه من باب المعاونة على البر ، واعانة المحتاج ، فيكون

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ ح ١٢ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

من باب الواجبات الكفائية ، وفيه مافيه .

ثم انه بالنسبة الى الصورة الرابعة المشتملة على تحقق الوديعة لو ذهب المستودع بعد طرح الوديعة والمالك حاضر ، فانه جزم في التذكرة بأن ذلك ردالوديعة ، ولو كان المالك غائبا ضمن .

قال في المسالك : ويشكل تحقق الرد بمجرد الذهاب عنها ، مع حضور المالك ، لاصالة بقاء العقد ، وكون الذهاب أعم منه مالم ينضم اليه قرائن تدل عليه ، وهو جيد من حيث التعليل الثاني .

أما الاول أعني الاستناد الى اصالة العقد فهو ضعيف ، لما أشرنا اليه آنفا من أنه لاعقد هنا .

وأما الثاني فانه جيد ، لانه لما ثبت كونه وديعة كما هو المفروض فالاصل البقاء على حكمها حتى يثبت مايوجب فسخها ، وذهاب المستودع لايدل عليه ، لانه أعم من ذلك ، والعام لايدل على الخاص ،

اذاعرفت فاعلم أن ظاهر الفاضل الخراساني في الكفاية المنا قشة في الصورة الثانية والثالثة مدعياً حصول الوديعة بمجرد الطرح ، فان ظاهر وضع المال عنده أن غرض المالك الاستنابة في الحفظ وان لم يقل لفظاً يدل عليه ، والظاهر أنه لايعتبر في ايجاب الوديعة لفظ ، بل يكفي مايدل على الرضا مطلقا ، فلاحاجة الى انضمام أمر آخر يدل على الاستنابة في حفظه .

أقول : لاريب أن مجرد الطرح أعم مما ذكره ، والعام لادلالة له على الخاص نعم ان انضم الى ذلك قرينة حالية أومقالية تفهم قصد الوديعة فالامر كذلك ونحن لانوجب لفظاً مخصوصاً ولافعلا مخصوصاً ، ولكن لابد من شيء يفهم منه قصد الوديعة ؛ ومجرد الطرح لايفيده كماعرفت .

الثاني – لوأكره على قبض الوديعة لم تصر وديعة ، ولايجب عليه حفظها ولاضمانها ، مع احتمال حفظها ، كل ذلك لمكان الاكراه .

واستثنى شيخنا الشهيد الثاني (رحمة الله عليه) في الروضة أن يكون المكره مضطراً الى الإيداع ، قال : فيجب عليه اعانته عليه كالسابق ، وأشار به الى ما قدمنا ذكره في الصورة الخامسة .

نعم لو وضع يده عليها بعد زوال الاكراه مختاراً ، فانه يجب عليه حفظها ، باليد الجديدة ، لخبر « على اليد ما أخذت » (١) لامن حيث الاكراه ، وهل تصير بذلك وديعة أم أمانة شرعية ؟ قال في المسالك : يحتمل الاول ، لان المالك كان قد أذن له ، واستنابه في الحفظ ، غايته أنه لم يتحقق معه الوديعه ، لعدم القبول الاختياري ، وقد حصل الان ، والمقاربة بين الايجاب والقبول غير لازمة ، ومن الغاء الشارع ما وقع سابقا فلايترتب عليه أثـر ، ويشكل بأن الغائه بالنظر الى القابض لا بالنظر الى المالك .

ثـم قال : ويمكن الفرق بين وضع اليد اختياراً بنية الاستيداع ، وعدمه ، ويضمن على الثاني ، دون الاول ، اعطاء لكل واحد حكمه الاصلي ، انتهى .

أقول : والمسئلة لخلوها من النص لاتخلو من الاشكال ، وان كان ما ذكره أخيراً من التفصيل لايخلو من وجه ، والله العالـم .

الثالـث — قال بعض المحققين : اذا استودع وجب عليه الحفظ ، ولايلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط ، أو أخذت منه قهراً نعم لو تمكن من الدفع وجب ولولم يفعل ضمن ، ولايجب تحمل الضرر الكثير بالدفع ، كالجرح و أخذ المال ، ولو أنكرها فطولب باليمين ظلماً جاز الحلف صورياً ما يخرج به عن الكذب ، انتهى .

أقول : وتفصيل هذا الاجمال وبيان ما اشتمل عليه هذا المقال يقع في موارد : أحدها أن ما ذكره من وجوب الحفظ عليه متى استودع أي قبل الوديعة مما لاريب فيه ، ويدل عليه الاخبـار المتقدمة الدالة على وجوب أداء الامانة ،

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ ح ١٢ .

فانه لولا وجوب حفظها لم يجب أداؤها، وذلك أنه متى رخص له في اهمالها وعدم حفظها كيف يترتب عليه وجوب الاداء.

ويدل عليه أيضا ما يأتي ـ ان شاء الله ـ من الاخبار الدالة على وجوب الضمان مع مخالفة أمر المالك في الحفظ أو الرد، ووجوب الحفظ عليه مادام مستودعاً لامطلقا، لان الوديعة من العقود الجائزة التي لهما فسخها متى أرادا، والواجب حينئذ هو ردها أو حفظها، فيصدق وجوب الحفظ في الجملة من حيث أنه أحد فردي الواجب المخير.

واعلم أنه قد قسموا القبول الذي يتفرع عليه حكم الحفظ الى أقسام، ـ فمنه ما يكون واجباً كما اذا كان المودع مضطراً الى الاستيداع، فانه يجب على كل قادر على ذلك واثق من نفسه بالحفظ قبول ذلك منه كفاية، ولوا نحصر في واحد كان واجباً عليه عيناً، ووجوب الحفظ على هذا واضح كفاية أو عيناً، وقد يكون مستحباً كما في الصورة المذكورة، الا أن المودع غير مضطر لما فيه من المعاونة على البر، وقضاء حوائج المؤمنين.

وقد يكون محرما كما اذا كان عاجزاً عن الحفظ، أو غير واثق من نفسه بالا مانة لما فيه من تعريض مال الغير الى الذهاب، والتعرض للتفريط المحرم، ومثله ما لو تضمن القبول ضرراً على المستودع في نفسه أو ماله أو بعض المؤمنين، وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ وعدمه، وأما كيفية الحفظ فسيأتي الكلام فيه ان شاء الله تعالى.

وثانيها ـ ما ذكره من أنه لادرك عليه مع عدم التفريط، فالظاهر أنه اجماعي نصاً وفتوى، فمن الاخبار الدالة على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة عن الحلبي في الصحيح أو الحسن (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : صاحب

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ١٧٩ ح ٣، الفقيه ج ٣ ص ١٩٣ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٧ ح ٢.

الوديعة والبضاعة مؤتمنان ».

وما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة (١) في الصحيح أو الحسن « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن وديعة الذهب والفضة فقال : كل ما كان من وديعة ولم تكن مضمونة لاتلزم ».

والمراد بقوله لم يكن مضمونة أي لم يشترط المستودع فيها الضمان لمن أودعه اياها ، فانه لايلزمه ، غرمها .

وعن اسحاق بن عمار (٢) في الموثق « قال : سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرجل : كانت عندي وديعة ، وقال الاخر أنها كانت عليك قرضاً ، فقال : المال لازم له الا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة ».

وما رواه المشايخ الثلاثة (رحمة الله عليهم) بأسانيدهم وفيها الصحيح وغيره عن محمد بن مسلم (٣) « عن أبي جعفر (عليه السلام) قال : سألت عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق ، أعلى صاحبه ضمان ؟ فقال : ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً ».

وما رواه (٤) في التهذيب والفقيه في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام) في رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرق ؟ قال : هو مؤتمن » الى غير ذلك من الاخبار الكثيرة ، وقد تقدمت جملة منها في الكتب المتقدمة .

وثالثها ـ ما ذكره من عدم الضمان عليه لو أخذت منه قهراً ، والظاهر

---

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٧ و ٨ ، التهذيب ج ٧ ص ١٧٩ ح ٢ و ١ .
(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٤ ح ١٥ ، الفقيه ح ٩٢ - ٤
(٤) التهذيب ج ٧ ص ١٨٤ ح ١٤ ، الفقيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٢ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٤ و ص ٢٣٢ ب ٧ و ص ٢٣٧ ح ٨ و ص ٢٢٧ ح ٢ .

أنه لااشكال فيه ، سواء كان قد تولى الظالم أخذها من يده أو من مكانها التي كانت فيه ، أو قهره على الاتيان بها فدفعها اليه ، لانتفاء التفريط في كل من الحالين وحينئذ فيرجع المالك على الظالم بالعين أو العوض : ونقل في المختلف عن أبي الصلاح أنه يضمن اذا سلمها بيده وان خاف التلف ، ولا ريب في ضعفه .

وهل للمالك الرجوع على المؤتمن في الصورة الثانية ، من حيث أنه باشر تسليم مال الغير الى غيرما لكه ، بمعنى أنه يتخير في الرجوع على أيهما شاء ؟ استقرب العلامة في التذكرة ذلك على ما نقله عنه في المسالك ، قال : وعلى هذا فمعنى عدم ضمانه أنه لايستقر عليه ، بل يرجع بما غرم على الظالم ، واحتمله في المسالك أيضاً الا أنه قال : والاقوى عدم جواز مطالبته ، لعدم تفريطه ولان الاكراه صير فعله منسوباً الى المكره ، ولانه محسن فلا سبيل عليه ، والتسليم باذن الشارع ، فلا يستعقب الضمان ، انتهى .

أقول: وهذا الاحتمال الذي استقربه في التذكره يرجع الى ماقدمنا نقله عن أبي الصلاح ، وما ذكره في المسالك في رده جيد ، يمكن تأييده بما تقدم في كتاب المزارعة عن حديث سعيد الكندي(١) « قال : قلت لابي عبدالله (عليه السلام) اني أجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم ، قال : اعطهم فضل ما بينهما ، قلت : أنا لم أظلمهم ولم ازدد عليهم ، قال : انهم انما زادوا على أرضك » .

فانه ظاهر في أنه وان كان الظالم انما ظلم أولئك وأخذ من مالهم لكن لما كان منشأه الارض المذكورة حكم (عليه السلام) بذلك على المالك ، ومثله ما لو طلب الظالم مالا في ذمته لزيد بقصد الظلم لزيد ، فان مقتضى الخبر أنه لايرجع زيد بما أخذه الظالم على من كان المال في ذمته ، فبطريق الاولى لايرجع فيما نحن فيه من حيث قبضه عين الامانة .

وبالجملة فالظاهر عندي ضعف ما نقل عن العلامة من قرب القول المذكور

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٨ ح ٦١ ، الوسائل ج١٣ ص ٢١١ ح ١٠ .

نعم لو كان الامين هو الساعي بها الى الظالم ، ولم يقدر بعد ذلك على دفعه ، فانه لايبعد ضمانه من حيث تفريطه في الحفظ بالسعاية اليه ، وبذلك صرحوا جازمين بالحكم المذكور ، بخلاف مالو كان السعاية من غيره ، أوعلم بها الظالم من غير سعاية أحد .

قالوا : ومثله ما لو أخبر اللص بها فسرقها وهو ظاهر فيما لو أخبره بمكانها ، أما لوأخبره بها في الجملة فان ظاهر العلامة في التذكرة : أنه لايضمن .

قال في المسالك بعد نقل ذلك عنه : ويشكل مع كونه سبباً في السرقة لانه تفريط نعم لولم يقصدها اللص فاتفقت مصادفته لها توجه ذلك ، وهذا بخلاف الظالم ، فانه بعمله يضمن مطلقا ، والفرق أن الظالم اذا علم بها أخذها قهراً والسارق لايمكنه أخذها الا اذا علم موضعها ، انتهى .

أقول : وما ذكره في الفرق يرجع الى ماقدمناه من أنه لا يضمن في صورة اخبار السارق الامع اخباره لمكانها فلاوجه لما ذكره من الاستشكال ودعوى الضمان بكونه سبباً في السرقة وأنه تفريط ، فان ذلك لايتم الامع الاعلام بالمكان كما لايخفى ،وبما ذكرناه في المقام يعلم ما في كلام بعض مشايخنا الاعلام من متأخري المتأخرين الكرام في بعض أجوبة مسائله من الغفلة في المقام ، حيث سأله السائل بما صورته اذاسأل الجائر هل عندك وديعة لفلان أم لا ؟ فقال : نعم فأنفذ الى داره وأخذها ، فهل يضمن الودعي أم لا ؟ فان اعتذر بأن خاف الكذب فهل يعذر أم لا ؟ فأجاب بما صورته أقول : هنا مسألتان : أما الاولى فلايضمن الودعي بمجرد اخباره ـ اذالم ينقلها اليه وان كان السبب في اتلافه اخباره بها ـ لكنه فعل محرماً لاعانته على المعصية ، لان الدال على الشر كفاعله ، وأما الثانية فالكذب هنا غير حرام بل واجب ، لحفظ مال المسلمين من التلف ، وقد ورد في الحديث أن الله يبغض الصدق في الافساد كما يحب الكذب في الاصلاح ، انتهى .

فان فيه كما عرفت من كلامهم أنه متى كان هو الساعي بها الى الظالم والسبب

في أخذها فانه يكون ضامنا ، ولاريب أنه في اخباره الظالم بذلك بعد سؤاله له يكون قد سعى بها اليه .

ويؤكده أيضا ماذكره وسيأتي بيانه ان شاء الله تعالى من أنه لو يتمكن من الدفع وجب ، ولو لم يفعل ضمن ، فانه اذا كان يضمن بعدم الدفع عنها لكونه مستلزما للتفريط في حفظها ، فلان يضمن مع اخباره بها بطريق أولى ، الا أني لم أقف في الحكم المذكور على نص بالخصوص يوجب الضمان في الصورة المذكورة ، وان كان ظاهر كلامهم الاتفاق على ذلك ، ولعل المستند فيه صدق التفريط بذلك والنصوص قد دلت على الضمان معه ، وظاهر كلامه تخصيص الضمان بصورة نقلها اليه ودفعها بيده دون السعي بها .

وبالجملة فالظاهر أن كلامه هنا ناش عن الغفلة عن مراجعة كلام الاصحاب واعطاء التأمل حقه في البـاب ، والله العالم .

ورابعها ــ ما ذكره من أنه لو تمكن من الدفع وجب ، أي تمكن من دفع الظالم عن الوديعة ، ولااشكال في وجوبه ، لوجوب الحفظ عليه كما تقدم ، فيجب كلما توقف عليه ، فلو أهمل مع قدرته على ذلك ضمن بالتقريب المتقدم ، سواء كان الدفع بالاختفاء والتواري عن الظالم ، أو التوسل الى ذلك بالوسائل ، ولو توقف ذلك على دفع المال منها أومن غيرها بحيث لايندفع بدونه عادة ، قال في المسالك : الاقرب جوازه ، ويرجع به على المالك ان لـم يمكن استيذانه قبل الدفع ، أواستيذان وليه ، وعدم نية التبرع ولو ترك الدفع عنها ببعضها مع امكانه ضمن ، ما يزيد عما يدفعه به لاالجميع لان مقدار المدفوع ذاهب على التقديرين انتهـى .

وأشار بقوله : ولايجب تحمل الضرر الكثير بالدفع كالجرح وأخذ المال الى أنه لوكان الضرر قليلا وجب تحمله في دفع الظالم الا أن فيه ان ذلك مما يختلف باختلاف أقدار الناس ومراتبهم ، فرب رجل لمزيد شرفه ورفعة قدره

يكون الكلمة اليسيرة من الاذى ضرراً كثيراً فى حقه ، ورب رجل لايكون الضرر فى حقه لمهانته وضعته ضرراً كثيراً ، الا أن يقيد بذلك فيكون المعتبر ما كان ضرراً كثيراً بالنسبة الى المؤتمن لا مطلقاً ، والاظهر حمل الضرر على ما كان كذلك فى حد ذاته عرفاً لا بالنسبة الى المؤتمن ، فلا يجوز له وان كان شريفاً على المرتبة دفع الوديعة بمجرد كلمة تؤذيه و ان كانت ضرراً كثيراً بالنسبة اليه كما تقدم ، ويؤيده أنه الاوفق بالاحتياط لبرائة الذمة .

وخامسها ــ ما ذكره من أنه لو أنكرها وطولب باليمين الى آخره ، فانه جيد اذ لاريب فى أن حفظ الامانة واجب عليه وهو موقوف هنا على هذه اليمين الكاذبة ، والاخبار قد دلت على جوازها فى أمثال هذا المقام فاذا أبيحت فى أمثال ذلك كانت هنا واجبة ، لتوقف الواجب ، وهو الحفظ عليها من باب مقدمة الواجب ، الا أنهم ذكروا أنه يورى فى يمينه للتحرز عن الكذب ان أمكن وعرفها ، والا حلف من غير تورية ، وعلله فى المسالك قال : لانه وان كان قبيحاً الا أن ذهاب حق الادمى أشد قبحاً من حق الله تعالى فى اليمين الكاذبة فيجب ارتكاب أخف الضررين .

وفيه نظر لانّا نمنع ماذكره من قبح اليمين فى هذه الحال ، بعد اذن الشارع بها ، وهو قد اعترف أيضاً بذلك بعد هذا الكلام ، فقال : لان اليمين الكاذبة عند الضرورة مأذون فيها شرعاً كمطلق الكذب النافع ، وحينئذ فأى وجه للقبح بعد الاذن الشرعى فيها .

وكيف يكون قبيحاً مع كونه واجباً كما صرح به هو وغيره فى المقام ، والا لزم اجتماع القبح والحسن والضرر والنفع فى شيء واحد ، فيلزم الذم والمدح والثواب والعقاب فى شيء واحد ، وهو محال . وكون الكذب قبيحاً فى حد ذاته لا يستلزم كونه هنا قبيحاً بعد ما عرفت .

ومن الاخبار التى تدل على ما ذكرنا هنا من أرجحية اليمين الكاذبة

ومشروعيتها ما رواه في الكافي والتهذيب في الحسن عن أبي الصباح الكناني (١) « قال : والله لقد قال لي جعفر بن محمد (صلوات الله عليه) : الى أن قال : ثم قال : ماصنعتم من شيء أو حلفتم عليه من يمين في تقية فأنتم منه في سعة » ، وروى في الفقيه مرسلا (٢) قال : « قال أبو عبدالله (عليه السلام) : التقية في كل ضرورة وصاحبها أعلم بها حين تزل به » .

وروى في الفقيه والتهذيب عن السكوني (٣) « عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي (عليهم السلام) قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : احلف بالله كاذباً ونج أخاك من القتل » .

وروى في الفقيه بسنده الى ابن بكير عن زرارة (٤) « قال : قلت لابي جعفر (عليه السلام) نمر بالمال على العشار فيطلبون منا أن تحلف لهم ويخلون سبيلنا ولا يرضون منا الا بذلك : قال فاحلف لهم فهو أحلى من التمر و الزبد » .

وروى فيه أيضاً بسنده عن الحلبي (٥) « قال : سألته عن الرجل يحلف لصاحب العشور يحرز بذلك ماله ؟ قال : نعم » .

و مارواه في الكافي عن محمد بن مسعود الطائي (٦) « قال : قلت لابي الحسن (عليه السلام) : ان أمي تصدقت علي بدار لها أو قال : بنصيب لها في دار ، فقالت لي : استوثق لنفسك فكتبت اني اشتريت وأنها قد باعتني وأقبضت الثمن فلما ماتت قال الورثة : احلف أنك اشتريت ونقدت الثمن ، فان حلفت لهم أخذته ،

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٤٢ ح ١٥ ، التهذيب ج ٨ ح ١٠٥٢ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٢ ح ٢ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٠ ح ١٥ الوسائل ج ١٦ ص ١٦٣ ح ٧ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٥ ح ٤١ ، التهذيب ج ٨ ص ٣٠٠ ح ١٠٣ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٢ ح ٤ .

(٤) و (٥) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٠ و ص ٢٣١ ح ١٤ و ٢١ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٣ ح ٦ و ٨ .

(٦) الكافي ج ٧ ص ٣٢ ح ١٧ . الوسائل ج ١٣ ص ٣٠١ ح ٥

وان لم أحلف لهم لم يعطوني شيئاً ، قال : فقال : فاحلف وخذ ما جعلت لك » ، ونحو هذا الخبر ما رواه في التهذيب والفقيه عن محمد بن أبي الصباح (١) عن أبي الحسن .

وأما مايدل على جواز التورية في اليمين فهو ما رواه في الكافي عن صفوان (٢) في الصحيح أو الحسن « قال : سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يحلف وضميره على غير ما حلف عليه ؟ قال : اليمين على الضمير » .

رواه في الفقيه عن اسماعيل بن سعد الاشعري (٣) عن أبي الحسن الرضا مثله ، ثم قال : يعني على ضمير المظلوم ، كانه بني على مايظهر من الخبر الاتي الا أن الظاهر عندي أنه أريد بذلك جواز التورية ، وان كان في غير مقام الظلم .

وما رواه في الكافي عن مسعدة بن صدقة (٤) « قال : سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) وسئل عمّا يجوز وعمّا لايجوز في النيّة على الاضمار في اليمين ، فقال : قد يجوز في موضع ، ولا يجوز في موضع آخر ، فأما مايجوز فاذا كان مظلوماً فما حلف عليه ونوى اليمين فعلى نيّته ، وأما اذا كان ظالماً فاليمين على نيّة المظلوم » .

و الظاهر أن المراد منه أن التورية انما تصح في حال كونه مظلوماً ، و أراد الحلف للنجاة من الظالم كما هو محل البحث في المقام ، وأما لو كان ظالماً وأراد الحلف لاثبات ما يدعيه ظلما فان التورية لاينفع هنا ، ولا تدفع عنه ضرر اليمين دنياً و آخرة ، بل تصير يميناً كاذبة بالنظر الى نيّة المظلوم .

وكيف كان فانه متى ترك الحلف عند توقف حفظ المال عليه فأخذه الظالم فانه يضمنه لما عرفت من حصول التفريط بذلك ، وبه صرح الاصحاب أيضاً والله العالم .

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٨ ح ٢٧ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٣ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٦ ص ٢١١ ح ١ .

(٢) و (٣) و (٤) الكافي ج ٧ ص ٤٤٤ ح ٣ و ٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٣٣ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٧٩ ح ٢ و ١ و ١ من باب ٢٠ .

الرابع -الظاهر أنه لاخلاف بينهم في أن الوديعة كما تبطل بالفسخ تبطل بالموت والجنون والاغماء من أحد الطرفين ، أما على القول بكونها اذناً فواضح، وأما على القول بكونها عقداً كما هو المشهور فلانه لا خلاف بينهم في كونه من العقود الجائزة ومن شأن العقود الجائزة البطلان بذلك كالوكالة ونحوها ، لخروج كل منهما عن أهلية التكليف بحصول أحد هذه الاسباب الثلاثة ، ولان المال انتقل الي الغير بالموت فلايصح التصرف فيه الا باذن المالك ، وهو الوارث ، وفي الجنون ونحوه قد خرج عن أهلية التكليف ، و صلاحية الاذن ، والتصرف فهو في معنى الميت ، و متى ثبت البطلان كانت أمانة شرعية يجب ردها الى المالك فوراً ، فان اتفق أحد هذه الاسباب للمودع وجب على المستودع المبادرة الى ردها الى المالك في صورة الفسخ ، والى الوارث في صورة الموت والى الولي والحاكم في صورة الجنون والاغماء، وان اتفق ذلك للمستودع وجب ردها الى المالك في صورة الفسخ والى الولي والحاكم في صورة الجنون والاغماء وعلى الوارث في صورة الموت قالوا: ومعنى كونها أمانة شرعية بعد ذلك لحصولها في يده بغير اذن المالك، لكنها غير مضمونة عليه لاذن الشارع في وضع اليد عليها الى أن يردها على وجهه، ومن حكم الامانة الشرعيه وجوب المبادرة بردها على الفور الى المالك، أو من يقوم مقامه، فان أخر عن ذلك مع قدرته ضمن، ولو تعذر الوصول الى المالك أو وكيله أو وليه الخاص سلمها الى الحاكم لأنه ولي الغائب ، بقي الكلام هنا في أنه متى مات المودع وطلب الوارث الوديعة من المستودع مع شك المستودع في كونه وارثاً أو في انحصار الارث فيه و أراد البحث عن ذلك ، وتحقيق الحال ، والحال أنه ليس ثمة حاكم يرجع اليه ، فهل يكون ضامنا ؟ والحال هذه ، قال في المسالك : الاقوى عدم الضمان ، خصوصاً مع الشك في كون الموجود وارثاً ، لاصالة عدمه .

وأما مع العلم بكونه وارثاً فالاصل أيضا عدم استحقاقه ، لجميع المال والقدر المعلوم انما هو كونه مستحقا في الجملة ، وهو لايقتضي انحصار الحق

فيه ، وأصالة عدم وارث آخر معارضة بهذا الاصل ، فيبقى الحكم في القابض ، وجوب البحث عن المستحق ، كنظائره من الحقوق ، انتهى .

أقول : لااشكال في قوة مارجحه (رحمة الله عليه) وقواه في صورة الشك في كونه وارثاً ، وانما يبقى الاشكال في صورة العلم بكونه وارثاً مع عدم العلم بالانحصار فيه ، وظاهر المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) هنا خلاف ماذكره ، حيث قال ــ في شرح الارشاد بعد أن ذكر أنه متى كان الميت أو الخارج عن صلاحية الايداع هو المالك ، فيمكن وجوب الرد الى الوارث ما لفظه : ــ الظاهر وجوبه أو جوازه وان لم يعلم الانحصار فيه ، ولايجوز مع الشك في أنه وارث ، ودليل الاول الاصل عدم وارث آخر مع العلم باستحقاق الموجود ، ولا يعارض بأصل عدم استحقاق الكل ، لان الاستحقاق واضح ، ووجود آخر مانع ، وظاهر كلام البعض عدم الوجوب ، بل عدم الجواز مع عدم العلم بالحصر ، وهو محل التأمل ، انتهى .

والظاهر أنه أشار بالبعض الى ما قدمنا نقله عن المسالك ، و بالجملة فالمسئلة محل توقف واشكال ، لعدم الدليل الواضح القاطع لمادة القيل والقال ، ويمكن ترجيح ماذكره المحقق المشار اليه بأنه متى علم كونه وارثاً ولم يعلم وارث سواه الا بمجرد احتمال وجوده ، فان ظاهر آيات الارث وأخباره يقتضي الحكم بارثه لجميع التركة ، فقول شيخنا ــ المتقدم ذكره ــ الاصل عدم استحقاقه لجميع المال ممنوع ، فان مقتضى الادلة الاستحقاق ، للجميع لمعلومية كونه وارثاً ، وانما يعارضه احتمال وجود آخر ، والظاهر أنه لادليل شرعاً على تأثير هذا الاحتمال في دفع ماعلم بظاهر الادلة المذكورة ، فانه اذا قام الدليل على أن الولد يرث أباه مثلا ، ومات الاب وله ولد معلوم ، واحتمل أن يكون له ابن آخر ، فان مقتضى الادلة وجوب دفع التركة الى الولد المذكور المعلوم كونه وارثاً ، واحتمال وجود غيره لايؤثر شرعاً في دفعه عن الجميع ، والله العالم .

ثم انهم قالوا : ان من جملة أحكام الامانة الشرعية ـ مع ما تقدم من وجوب المبادرة الى ردها وان لم يطالب المالك ـ أنه لايقبل قول من هي في يده في ردها الى المالك مع يمينه ، بخلاف الوديعة ، والفرق أن المالك لم يستأمنه عليها ، فلا يقبل قوله في حقه مع أصالة عدمه ، بخلاف الوديعة ، مع ما انضم اليه من الاحسان الموجب لمنع السبيل .

ولها صور كثيرة : أحدها ـ ماذكر من الوديعة التي يعرض لها البطلان ، وكذا غيرها من الامانات كالمضاربة ، والشركة ، والعارية .

ومنها مالو أطارت الريح ثوبا ونحوه الى داره .

ومنها ما لوانتزع المغصوب من الغاصب بطريق الحسبة .

ومنها مالو أخذ الوديعة من صبي أو مجنون عند خوف تلفها .

ومنها ما يصير بايدي الصبيان من الاموال التي يكتسبونها بالقمار كالجوز والبيض ، وعلم بها الولي ، فانه يجب عليه رده الى مالكه ، أو وليه .

ومنها مالو استعار صندوقاً ونحوه أو اشتراه أو غيره من الامتعة فوجد فيه شيئاً فانه يكون أمانة شرعية ، وان كان المستعار مضمونا .

ومنها اللقطة في يد الملتقط مع ظهور المالك ، وضابطه ماكان وضع اليد عليه من غير اذن المالك مع الاذن فيه شرعاً والله العالم .

الخامس ـ يجب حفظ الوديعة بما يناسب حالها ، والوجه فيه أنه حيث علم من الشارع وجوب الحفظ ، ولم يعلم منه كيفية معينة لذلك ، وجب الرجوع في ذلك الى العادة والعرف الذي عليه الناس ، كالدنانير والدراهم ، فان محل حفظها الصندوق المقفل ، والثياب منها ما يكون محل حفظه الصندوق أيضاً ، ومنها ما يكون البيت ، والدابة في الاصطبل ، والشاة في المراح ونحو ذلك ، ولو جعل أحد هذه الاشياء في مكان أوثق في الحفظ كالشاة والدابة في الدار المغلقة ، فالظاهر أنه مزيد احسان لايتعقبه الضمان ، وربما قيل : بالضمان من حيث مخالفة

المعهود والمعتاد ، والظاهر ضعفه ، والظاهـر أنه لافرق بين علـم المودع بأن المستودع متمكن من تحصيل الحرز وعدمه ، فلوأودعه مالامع علمه أنه لاصندوق عنده ، أودابة مع علمه أنه لااصطبل عنده أو نحو ذلك ، فانه لايكون ذلك عذراً بل يجب الحفظ عليه في المكان المعتاد له متى قبل الوديعة .

قال في المسالك . واعلم أنه ليس مطلق الصندوق كافياً في الحفظ ، بل لابد معه من كونه محرزا عن غيره ، أما بأن لايشاركه في البيت الذى فيه الصندوق يد أخرى مع كون البيت محرزا بالقفل ونحوه ، وكون الصندوق محرزاً بالقفل كذلك ، وكونه كبيراً لاينقل عادة ، بحيث يمكن سرقته كذلك مقفلا ، وهكذا القول في الاصطبل والمراح وغيرها انتهى .

ولايخلو من اشكال سيما مع علم المودع ورضاه بما هودون هذا القدر من الضبط ، والظاهر أنه لايعتبر في وجوب ضبط الوديعة وحفظها أزيد مما يعتبر من ضبط المالك لماله وحفظه له ، وزيادة حرسه على حفظه ، وهو لايبلغ الى هذا المقدار ، سيما ما ذكره من أن لايشاركه في ذلك البيت الذى فيه الصندوق يد فان الانسان لايخلو من العيال والازواج والاولاد والخدم الذين يترددون في البيت دخولا وخروجاً ، والانسان لايمكنه الاحتباس في البيت لاجل المحافظة ، بل يحتاج الى التردد في حوائجه من الاسواق وغيرها ، وبما صرح به في المسالك من الكلام في هذا المقام صرح به العلامة في التذكرة أيضا : فقال : لو كانت له خزانة مشتركة بينه وبين ابنه ، فدفع الوديعة الى ابنه ليضعها في الخزانة المشتركة فالاقرب الضمان ، الااذاعلم المالك بالحال ، ثم قال : لايجوز أن يضع الوديعة في مكان مشترك بينه وبين غيره ، كدكان أودار مشتركة الى آخره وهو مشكل كما عرفت ، وقد تنبه لما ذكرناه من الاشكال أيضا المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) في شرح الارشاد .

السادس ــ لو أودعه دابة ، والمراد بهامطلق الحيوان المحترم حتى العبد

فاما أن يأمره بالانفاق عليه أو ينهاه عن الانفاق ، أو يطلق فهيهنا صور ثلاث :

الأولى ــ أن يأمره وحينئذ فيجب عليه كما صرحوا به ، ويرجع بذلك على المالك ، ولو أخل به كان مفرطا ضامنا ، ويحصل التفريط والضمان ، ولو بمرة واحدة ، وفي كل موضع يحصل به التفريط يكون ضامنا ، ويخرج عن كونه أميناً بمقتضى القاعدة المقررة عندهم ، من أنه لو خالف وتعدى ، فانه يخرج عن كونه ودعياً أمينا ، ولا يرجع الى ذلك الا باذن جديد من المالك ، ولو امتنع المستودع من الانفاق في هذه الصورة ، فقد صرح في التذكرة بأنه متى مضت مدة تموت مثل الدابة في مثل تلك المدة نظر ، فان ماتت ضمنها ، وان لم تمت دخلت في ضمانه ، وان نقصت ضمن النقصان ، قال : وتختلف المدة باختلاف الحيوان قوة وضعفا .

الثانية ــ ان ينهاه عن الانفاق فان ترك الانفاق امتثالا لامره ، قالوا : كان عاصياً لله تعالى لما فيه من تضيع المال المنهى عنه ، لانها من الاموال المحترمة التي لايجوز اتلافها بغير وجه شرعي ، ومرجعه الى أن الانفاق (حق الله تعالى) كما هو حق للمالك ، فلا يسقط حق الله تعالى باسقاط المالك حقه ، وهل يضمن في هذه الحال استشكل ذلك في التذكرة ، ثم قرب العدم ، قال : وهو قول الشافعية كما قال : اقتل دابتي فقتلها أو أمره برمي قماشه في البحر فرماه ، أو أمره بقتل عبده فقتله ، فانه يأثم ولاضمان عليه ، فكذا هنا انتهى .

والواجب في هذه الصورة رفع الامر الى الحاكم ليأمره بذلك ويجبره عليه ، لما عرفت من عدم جواز اتلاف المال بغير وجه شرعي ، وترك الانفاق موجب لذلك ، قالوا : وللحاكم أن يستدين عليه أو يبيع بعض الوديعة للنفقة ، أو بعض أمواله لذلك ، وأن ينصب أميناً من قبله ، فان تعذر جميع ذلك أنفق المستودع وأشهد ويرجع بما أنفقه مع قصد الرجوع ، ولو تعذر الاشهاد فظاهرهم الاقتصار على نية الرجوع ، فينفق بنية الرجوع كما تقدم في أمثاله .

الثالثة : أن يطلق وقد صرح في المسالك بأنه يجب التوصل الى اذنه أو اذن وكيله ، فان تعذر رفع الامر الى الحاكم ليأمره بذلك الى آخر ما تقدم في سابق هذه الصورة ، وقال العلامة في التذكرة : وان أطلق الايداع ولم يأمره بالعلف والسقي ولم ينهه عنهما يجب على المستودع العلف والسقي ، لانه التزم بحفظها ، ولانـه ممنوع من اتلافها جوعاً ، فاذا التزم حفظها تضمن ذلك علفها وسقيها ، وبه قال الشافعي ، وقال أبوحنيفة : لايجب عليه العلف والسقي ، لانـه استحفظه اياها ولم يأمره بعلفها ، وقد بينا الامر الضمني ، انتهى .

وظاهر هذا الكلام أنه يجب على المستودع القيام بذلك كما في الصورة الاولى ، ولا فرق بينهما الا باعتبار كون الامر في الاولى صريحاً وفي هذه الصورة ضمنيا ، والا فهو مأمور في الصورتين ، وهو ظاهر في خلاف ماقدمنا نقله عـن المسالك في هذه الصورة .

وأصرح منه في ذلك كلام المحقق الاردبيلي حيث قال : ثم ان الظاهر أن حكم الاطلاق هو حكم الامر بالعلف والسقي ، لوجوبهما عليه ، فكانه قال : وديعة عندك واعلفها واسقها ، فالامر الضمني فيها هنا موجـود ، وحكمه حكم الصريح ، أشار اليه في التذكرة ، انتهى ، الا أنـه قال في التذكـرة أيضاً بعد هذه المسئلة بلا فصل : مسئلة لا خلاف في أنـه لايجب على المستودع الانفاق على الدابة والادمي من مالـه ، لاصالة البرائة و التضرر المنفي شرعاً ، لكن ان دفع المالك اليه النفقة فذاك ، وان لم يدفع اليه فان كان المالك قد أمره بعلفها وسقيها رجع به عليه ، لانـه أمره بالانفاق على مالـه فيما عاد نفعه عليه ، فكان كما لوضمن عنه مالا بأمره وأداه عنه ، وان أطلق الا يـداع ولم يأمره بالعلف والسقي ولانهاه فان كان المالك حاضـراً أو وكيلـه ، طالبه بالانفاق عليـه ، أو أذن له بالمالك في الانفاق ، فينفق ويرجع به ان لم يتطوع بذلك ، وان لم يكن المالك حاضراً ولا وكيله رفـع الامر الى الحاكم ، الى آخـر ما قدمنا ذكره

في الصورة الثانية ، بما يرجع اليه في المعنى .

وأنت خبير بما فيهذا الكلام من المدافعة لما قدمنا نقله عنه أولا ، فان مقتضى الاول هو حصول الامر بالانفاق ، وان كان أمـراً ضمنيا ، فيجب الانفاق حينئذ على المستودع بعد قبوله الوديعة ، وهوصريح كلام المحقق الاردبيلي كما عرفت مسنداً له الى التذكرة ، كما قدمنا نقله عنه ، فأين هذا من كلامه الثانـي .

ثم انـه قال في التذكرة ـ أيضا في هـذه المسئلة الاخيرة : ـ ولو تـرك المستودع الانفاق مـع اطلاق الاستيداع ولم يرفع الى الحاكم ولـم ينفق عليها حتى تلفت ضمن ان كانت تلفت من ترك ذلك ، لانه تعدى بتركه ، وان تلفت في زمان لايتلف في مثله لعدم العلف ، لم يضمن ، لانها لم تتلف بذلك .

قالـوا : و في حكم النفقة ما يحتاج اليه المريض من دواء ، و في حكـم الحيوان الشجر الذى يحتاج الى السقي ونحوه من الخدمة ، وحيث ينفـق مـع عـدم الاشهاد اما لتعذره ، أو لعدم اشتراطه ، فلو اختلفا في قـدره فالقول قول المستودع مع يمينه ، ولـو اختلفا في مدة الايداع ، فالقول قول المودع عملا بالاصل في الموضعين .

تنبيهـان :

الاول ـ اطلاق كثيرمن عباير الاصحاب يدل علىجواز أن يتولىالمستودع علف الدابة وسقيها بنفسه ، أو غلامه أميناً كان ذلك الغلام أم غير أمين غائباً كان المستودع أو حاضراً ، والوجه في ذلك الجرى على ما هو مقتضى العادة من تولى الغلام والخادم لذلك ، الا أنـه قال في المسالك ـ بعد نقل ذلك : ـ وليس كل ذلك جائـزاً هنا بل انما يجوز تولى الغلام لذلك مع حضـور المستودع عنده ، ليطلع على قيامه بما يجب ، أو مع كونه أمينا ، والا لم يجز ، ونحو ذلك صرح في التذكرة ، والوجه في ذلك أما في جواز الاستنابة مع الحضور فظاهر .

وأما مع كونه أميناً فلقضاء العادة بالاستنابة في ذلك ، ولولا ذلك لماجاز لما يتضمنه من ايداع الودعي ، وهو غير جائز عندهم مع الامكان كما سيأتي ذكره انشاء الله تعالى ، وربما قيل : بأن ذلك فيمن يمكن مباشرته لهذا الامر ونحوه ، أما من لايكون كذلك فانه يجوز له الاستنابة كيف كان .

ورده في المسالك بالضعف ، ولايخلو من اشكال ، فان الظاهر أن الودعي مع علمه بان المستودع يترفع عن هذا الامر ، ولا يباشره بنفسه ، وانما يباشره خدمه مثلا ومع ذلك أودعه ، فانه انما أودعه لقبوله لذلك ، ورضاه بما هو عادة الرجل المذكور وطريقته الجارية في أمواله ودوابه .

والظاهر أن المراد بالامين هنا هو من تسكن النفس الى فعله ، وأنه لايخالف ما يؤمر به ، لاالعدل ، والا أشكل غاية الاشكال وصار الامر عضالا بذلك وأي عضال .

الثاني ــ قد صرح جملة منهم المحقق والعلامة : بأنه لايجوز اخراج الدابة من المنزل الا مع الضرورة ، كعدم امكان السقي أو العلف في المنزل ، ولاضمان عليه ، والوجه في الاول أن النقل تصرف فيها ، وهو غير جائز مع امكان تركه ، والثاني في أن الحفظ يتوقف على ذلك ، فانه من ضروريات الحيوان ، ولافرق في المنع من اخراجها لذلك بين كون الطريق أمنا أو مخوفاً ، لما عرفت من أن النقل تصرف وهو غير جائز مع امكان تركه ، ولا بين كون العادة مطردة بالاخراج وعدمه لما ذكر ، ولابين كون المتولي لذلك المستودع بنفسه أو غلامه ، مع صحبته له وعدمها ، لاتحاد العلة في الجميع .

وقرب في التذكرة عدم الضمان لو أخرجها مع أمن الطريق ، وان أمكن سقيها في موضعها ، مستنداً الى اطراد العادة بذلك ، قال في الكتاب المذكور : اذا احتاج المستودع الى اخراج الدابة لعلفها أوسقيها جازله ذلك ، لان الحفظ يتوقف عليه ولاضمان ، ولافرق بين أن يكون الطريق أمناً أو مخوفاً اذا خاف

التلف بترك السقي ، واضطر الى اخراجها من غير ضرورة العلف والسقي ، فان كان الطريق أمناً لاخوف فيه و امكنه سقيها فيموضعها فالا قرب عدم الضمان ، لاطراد العادة بذلك وهو أظهر قولي الشافعي .

السابع ــ لاخلاف في أنه متى عين له موضعاً لحفظ الوديعة ، فانه لايجوز له نقلها الى ما هو دونه ، أما لونقلها الى ما هو أحرز فقد ذهب جمع من الاصحاب الى الجواز ، محتجين بالاجماع ودلالة مفهوم الموافقة عليه ، وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك التوقف في ذلك ، نظراً الى مقتضى التعيين ، ومنع دلالة مفهوم الموافقة هنا ، قال : فان الاغراض تختلف في مواضع الحفظ اختلافاً كثيراً من غير التفات الى كون بعضها أحفظ من بعض ، والاجماع على جوازه ممنوع ، بل ظاهر جماعة من الاصحاب منع التخطيمطلقا ، انتهى .

و نقل في المسالك عن الشهيد في حوا شيه على كتاب القواعد القولبعدم الجواز هنا أيضا ، و اختاره المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) أيضاً في شرح الارشاد ، ونقله عن ابن ادريس والمحقق الشيخ علي .

ولو نقلها الى المساوى فقولان : الجواز نظراً الى أن التعيين أفاد الاذن في حفظها فيما كان في تلك المرتبة ، كما في تعيين نوع الزرع والمراكب في الاجارة ، فانهم جوزوا التخطي الى المساوى ، لتوافق المتساويين في الضرر والنفع المأذون فيه .

وقيل : بالمنع وهو اختياره في المسالك ، قال : لعدم الدليل على جواز تخطي ما عينه ، والحاق مساويه به قياس .

أقول : والمسئلة لخلوها من النصوص في الموضعين محل توقف ، وانكان ما اختاره في المسالك في الموضعين المذكورين لايخلو من قوة ، سيما مع أوفقيته بالاحتياط المطلوب ، بل الواجب في أمثال هذه الفروع الخالية من النصوص . وعلىهذا فلو نقلها الىالاحرز أو المساوى ضمن ، و علىالقول بالجواز

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

لاضمان عليه ، الا أنه نقل عن العلامة هنا أيضا القول بالضمان ، فانه قال : بجواز النقل اليهما والضمان مع تلفها فيهما ، و هو مشكل ، فان قضية الجواز تنفي الضمان كما لايخفى .

نعم لو علم الخوف عليها في المكان المعين أوظن ظناً قوياً فالظاهر أنه لااشكال في جواز النقل ، و ينبغي أن يتحرى في ذلك الاحرز ، ثم المساوي مع الامكان ، ثم الادون ، لسقوط حكم المعين في الحال المذكورة .

والظاهر أنه لاضمان عليه في الصورة المذكورة ، حيث أنه مأذون فيه ، وهو محسن فيذلك ، فلا سبيل عليه ، ولونهاه المالك عن النقل عن ذلك المكان المعين ، فقد صرحوا بأنه يضمن بالنقل كيف كان ولو الى الاحرز اجماعاً ، الا أن يخاف تلفها فيه ، فانه يجوز النقل وان نهاه المالك والحال كذلك ، و قال له : لاتنقلها وان تلفت ، وعللوا ذلك بأن الحفظ عليه واجب ، ولايتم الا بالنقل ، وللنهي عن اضاعة المال ، فلا يسقط هذا الحكم بنهي المالك وان صرح بقوله وان تلفت ، و عندي فيه نظر ، لان مرجع ماذكروه الى وجوب الحفظ على الغير ، مع قصد المالك اضاعة ماله واعراضه عنه ، ولا أعرف عليه دليلا ، والاصل برائة الذمة من هذا التكليف ، قولهم للنهي عن اضاعة المال مسلم بالنسبة الى مالكه خاصة ، و كذا وجوب الحفظ ، فانه بالنسبة الى المالك ونحوه ، و وجوب الحفظ على المستودع انما يعلم مع عدم قصد المالك اضاعته و اتلافه ، وأما اذا قصد ذلك فأى دليل يدل على وجوب حفظ الغير عليه ، مع أنه ليس بطفل ولا مجنون يجب حفظ ماله على غيره .

وبالجملة فاني لاأعرف لما ذكروه هنا وجهاً وجيهاً ، ثم انهم قالوا : لو ترك نقلها والحال كما ذكرنا أثم ولاضمان ، لاسقاط المالك ذلك عنه ، وقد عرفت ما في الاثم من الاشكال أيضاً .

ولو توقف النقل على أجرة قال في التذكرة : انه لايرجع بها على المالك ،

فانه متبرع ، واستحسنه في المسالك الا أنه احتمل أيضاً الرجوع مع نيته ، قال : لاذن الشارع له في ذلك فيقدم على اذن المالك ، ولان فيه جمعاً بين الحقين مع مراعات حق الله تعالى في امتثال أمره بحفظ المال ، انتهى .

أقول : لايخفى ما في هذا الاحتمال ، بناء على ما قدمنا ذكره من النظر .

الثامن ــ الظاهر أنه لاخلاف ولااشكال فيعدم صحة وديعة الطفل والمجنون ولا ايداعهما ، بمعنى أنه لايترتب على ذلك أحكام الوديعة ، أما الحكم الاول ــ فلانه لاشبهة في عدم أهليتهما للاذن ، واللازم منه كون يدالمستودع على المال يداً عادية بغيرحق ، فيضمن البتة سواءكان المال لهما أولغيرهما وان ادعيا الاذن في ايداعه .

بقي هنا شيء وهوأن ظاهر جملة من الاصحاب اطلاق الضمان هنا كما ذكرناه ، والاقرب كما قواه في المسالك أيضاً أنه لوكان قبضه للوديعة بعنوان استنقاذها من يديهما ، وخوف هلاكها عندهما بنيّة الحسبة في الحفظ ، فانه لا ضمان عليه ، لانه محسن ، وما على المحسنين من سبيل .

لكن يجب مراجعة الولي أو الحاكم الشرعي ان أمكن ، والاكان فييده وترتب عليه أحكام الوديعة ، الا أنه لايبرء بالرد اليهما ، لافي هذه الصورة ولافي الصورة المتقدمة ، للحجر عليهما المانع من ذلك ، ولا يبرء الابالرد الى الولي أو الحاكم أو هما بعد زوال المانع .

وأما الحكم الثاني فلانه لواستودعهما لم يضمنا بالاهمال ، فان المودع لهما مع علمه بعدم تكليفهما قد أهمل ماله ، وأتلفه ، ولان الضمان بالاهمال انما يثبت حيث يجب الحفظ ، والوجوب غير متعلق بهما ، لانه من خطاب الشرع المختص بالمكلف ، فاذالم يجب الحفظ عليهما لم يترتب على الاهمال ضمان ، وهو ظاهر .

نعم لوكان التلف بغير الاهمال بأن تصرفا في الامانة وتعديا فيها فتلفت

فهل يضمنان مطلقا أم لا مطلقا أم للمميز خاصة وجوه ثلاثة .

والمختار عند جملة من الاصحاب منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك هو الضمان مطلقا ، قال : لان الاتلاف لمال الغير سبب في ضمانه اذا وقع بغير اذنه ، والاسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيها الصغير و الكبير ، ومثله القول في ما يتلقانه من مال الغير ، وبأكلانه منه ، فانهما يضمنان .

ثـم نقل الوجه الثاني وهو عـدم الضمان مطلقا لعدم التكليف ، وتسليط مالكها لهما عليها فكان سببا قويا ، والمباشر ضعيف ، قاله في المسالك بعد نقل ذلك ثم قال : وجوابه يظهر مما سبق ، ثم نقل الوجه الثالث وهو الفرق بـين المميز وغيره ، فيضمن المميز خاصة ، لعدم قصد غـيره الى الاتلاف ، فكان كالدابة ثـم تنظر فيه بأن المقتضي للضمان وهو الاتلاف موجود ، والمانع غير صالح للمانعية .

أما القصد فانه لامدخـل له في الضمان وعدمه ، كما يعلم من نظائـره ، وأما تسليط المالك فانه انما وقع على الحفـظ لاعلى الاتلاف ، غاية ما في الباب أنه عرض ماله له بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ ، وهو غير كاف في سقوط الضمان عنهما لو باشراه ، بخلاف ما اذا تركا الحفظ .

أقول : والمسئلة محل توقف لعدم الدليـل الواضـح والركون الى هذه التعليلات في تأسيس الاحكام الشرعية سيما مع تقابلها وتدافعها لايخلو من الاشكال كما نبهت عليه في غير مقام مما تقدم ، ثـم انه على تقدير وجوب الضمان عليهما فانه صرح بأن المخاطب بالدفع هو الولي ان كان لهما مال ، والا كان دينا عليهما قضائه بعد التكليف ، ولا يسقط بعدم المال وقت الاتلاف ، لان تعلق الحق بالذمة لايتوقف عليه ، نعم ايجاب التخلص من الحق عليهما يتوقف على التكليف .

أقول : وفيه من الاشكال ما في سابقه وقد تقدم في كتاب الحجر في المسئلة الثالثة : من المطلب الثاني من الكتاب المذكور من التحقيق (١) مافيه دلالة

(١) ج ٢٠ ص ٢٦٩ .

على عدم وجوب الضمان الذى ادعاه هنا ، وقد تقدم في الموضع المذكور أنه من باع للسفيه مالا ودفعه اليه مع علمه بذلك ، فتلف ، فان تلفه من مال صاحبه ، لانه سلطه عليه مع علمه بأنه محجور عليه ، وان فرض فك الحجر عنه بعد ذلك وتقدم أيضا النقل عن العلامة في التذكرة أن حكم المجنون والصبي حكم السفيه في ذلك ، فانهما اذا أتلفا الوديعة والعارية فالاقرب أنه لاضمان عليهما ، وهكذا الحكم فيما أتلفاه من مال الغير مطلقا .

وبالجملة فمن أراد تحقيق المسئلة ليظهر له صحة ما ذكرناه هنا فليرجع الى الموضع المذكور ، والله العالم .

التاسع ــ لو ظهر للمستودع امارات الموت بأن حصل له مرض من الامراض القاتلة أو حبس للقتل ونحو ذلك .

فأقوال ثلاثة : أحدها ــ وجوب الرد على المالك أو وكيله ، أو الحاكم عند تعذرهما أو ايداعها الثقة عند تعذره ، فان تعذر ذلك أشهد عليها اختاره العلامة في التذكرة ، الا أنه رجع عنه بعد ذلك الى الايصاء بها .

وثانيها ــ الاشهاد على ذلك اختاره جمع منهم المحقق في الشرايع والعلامة في الارشاد .

وثالثها ــ الوصية بها وقد عرفت أنه مذهب العلامة في التذكرة ، والوجه في ذلك أن حفظ الوديعة لما كان واجباً على المستودع وجب كلما يتوقف عليه الحفظ من أحد هذه الامور الثلاثة ، الا أني لم أقف على نص في المقام يتضمن وجوب شيء ممّا أوجبوه ، والاحتياط في المسئلة مطلوب بل واجب ، لخلوها عن النص وهو أحد مواضع وجوب الاحتياط عندنا ، حيث أن المسئلة صارت بذلك من الشبهات ، حلال بين ، وحرام بين ، وشبهات بين ذلك . والاحتياط هنا في العمل بالقول الاول ، ثم انه على تقدير القول بالاشهاد ، فالظاهر أن المراد به اشهاد عدلين ، بحيث يحصل الاثبات بها لو أنكر الورثة ، أو كانوا جميعاً أو بعضهم

صغاراً ، وربما قيل : بالاكتفاء بواحد ، واليه يشير كلام العلامة في جملة من كتبه ، حيث جعل الواجب هوالايصاء بها ، وهومتحقق بدون الاشها دكذا ذكره في المسالك .

والتحقيق أنالقول بالايصاء غيرالقول بالاشهاد ، كما قدمناذكره ، وكيف كان فلو أخل بالاشهاد والوصية ضمن ، وكذا لوأخل بالرد علىالوجه المتقدم ، ولكن لايستقر الضمان الابالموت ، ولوفرض موته فجائة فلاضمان ، وان لزمالتلف اذلايعد مقصراً والحال هذه ، والا لوجب الاشهاد على كل ودعى ، لامكان ذلك في حقه ، ولا قائل به ، ولادليل على ماقالوا .

ويعتبر في الوصي علىالقول بوجوب الوصية العدالة ، والظاهر أن المراد به الامين الثقة الذي تسكن النفس الىايصاله لها الى المالك ، ولافرق بين الاجنبي والوارث في التعيين للوصاية ، والمراد بالوصية اليه بذلك أن يعلمه بها ويأمره بردها بعد الموت ، لاأن يسلمها اليه ، لانه ايداع لايصح ابتداء كما سيأتي ذكره انشاء الله .

قال فيالتذكرة : توهم بعض الناس أن المراد من الوصية بها تسليمها الى الوصيليدفعها الىالمالك ، وهو الايداع بعينه ، وليس كذلك ، بل المراد الامر بالرد من غير أن يخرجها من يده ، فانه والحال هذه مخيرين أنيودع للحاجة ، وبين أن يقتصر علىالاعلام والامر بالرد لان وقت الموت غير معلوم ، ويده مستمرة على الوديعة مادام حياً ، انتهى .

ولو لم يوص ولم يشهد وأنكر الورثة فالقول قولهم ، كما لو أنكرها المورث ، لان الاصل عدمها ، وكذا كل من يدعى عليه ، ولايمين على الورثة ، الا أن يدعى عليهم العلم بالوديعة ، لان دعوى العين انما يتعلق بالمورث ، كما لوادعىعليهبدين ، الا أنه اذا ادعى عليهم العلم بذلك لزمهم الحلف علىنفي العلم لاعلى البت ، لان ذلك ضابط الحلف على نفي فعل الغير .

قال في المسالك : ومثله مالو أقر الورثة بالوديعة ، ولكن لم توجد في التركة فادعى المستودع أنه قصر في الاشهاد ، وقال الورثة : لعلها تلفت قبل أن ينسب الى التقصير فالقول قولهم ، عملا بظاهر برائة الذمة ، ولايمين أيضا الامع دعواه عليهم التقصير ، انتهى .

وعندى في هذا الكلام اشكال ، لان مرجعه ـ كما يفهم من تتمة عبارته في المقام ـ الى أن المالك يدعي بقاءها ، وتقصير الودعي في الاشهاد ، والورثة مقرون بها ، ولكن يدعون عدم وجودها في التركة ، وأنه لعلها تلفت قبل أن ينسب المالك الى التقصير ، وظاهر هذا الكلام أن كلام المالك يتضمن دعويين أحديهما ـ أنها كانت باقية في التركة ، وظاهر هذه الدعوى يرجع الى الورثة بأنها عندهم ، وأن انكارهم لكونها في التركة بعد الاقرار بها غير مسموع ، وثانيهما تقصير المورث بعدم الاشهاد ليتحقق الضمان ، وسقوط اليمين عن الورثة انما يتجه على الدعوى الثانية ، دون الاولى ، اللهم الا أن يحمل على أن المالك موافق على عدم وجودها في التركة ، وانما يدعى بقاءها الى وقت عروض المرض الذى هو السبب الموجب للوصية ، أو الاشهاد ، فيلزم الضمان بالتفريط في ذلك ، والورثة ينكرون الوجود الى ذلك الوقت ، وحينئذ فلايتعلق الدعوى بالورثة على الوجه المذكور أولا ، والله العالم .

العاشر ـ لاخلاف في وجوب رد الوديعة الى المالك متى طلبها ، وهي باقية في أول أوقات الامكان مسلما كان أو كافرا ، للاية وهي قوله تعالى (١) « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها » والروايات المتقدمة في صدر الكتاب (٢) فان جملة منها قد صرحت بوجوب الرد ولو الى غير مسلم فلو أخل والحال كذلك كان ضامنا ، ونقل عن أبي الصلاح أنه اذا كان المودع حربياً وجب على المودع أن يحمل ما أودعه الى سلطان الاسلام ، وهو ضعيف مردود بالاخبار المشار اليها

(١) سورة النساء ـ الاية ٥٨ .
(٢) ص ٣٩٥ .

من أن كونه حلال المال مقيد بغير الامانة، فيجب استثناؤها للاخبار الصريحة المذكورة.

وبالجملة فالحكم مما لا يخالف فيه سواه وظاهرهم القول بالفورية كما أشرنا اليه، لانه حق مضيّق للادمي، قالوا: والمراد بالامكان مايعم الشرعي والعقلي والعادي، فلو كان في صلاة واجبة أتمها، أو بينه وبينه مانع من مطر ونحوه صبر حتى يزول، أو في قضاء حاجة ضرورية فالي أن ينقضي، وهل يعد أكل الطعام والحمام، وصلاة النافلة وانقطاع المطر الغير المانع عذراً؟ وجهان: واستقرب في التذكرة العدم مع حكمه في باب الوكالة بأنها أعذار في رد العين اذا طلبها الموكل، وينبغي أن يكون هنا أولى، وحيث كان وجوب الرد فورياً فانه يأتي بناء على ذلك، وعلى أن الامر بالشيء يستلزم النهي عن ضده الخاص بطلان الصلاة الواجبة مع سعة الوقت لو حصل الطلب قبل الدخول فيها، وكذا بطلان النافلة مطلقا، وكذا بطلان جميع العبادات المنافية لذلك، الا أن الظاهر عندي كما تقدم تحقيقه في كتب العبادات عدم ثبوت ما ادعوه، من أن الامر بالشيء يستلزم النهي عن ضده الخاص، بل قام الدليل على خلاف ذلك، ولما فيه من لزوم الحرج والضيق المنفي بالاية والرواية.

قالوا: والمراد بوجوب الرد لابمعنى مباشرته للرد وتحمل مؤنته، كما ربما يظهر من بعض العبارات، بل بمعنى رفع اليد عنها والتخلية بين المالك وبينها، فلو كانت في صندوق مقفل فتحه، وان كانت في البيت المغلق فكذلك، وهكذا.

ولو أخر الدفع لاجل الاشهاد عليه فهل يكون ذلك عذراً مرتفعاً به الضمان؟ أقوال: الاول نعم، ليدفع عن نفسه النزاع واليمين لو أنكر المالك.

والثاني لا، لان قوله في الرد مقبول، فلاحاجة الى البيّنة، ولان الوديعة مبنية على الاخفاء غالباً.

الثالث التفصيل بأنه ان كان المالك وقت الدفع قد أشهد عليه بالايداع

فله الاشهاد ليدفع عن نفسه التهمة ، والا لم يمكن له ذلك ، وهذا القول من حيث الاعتبار أقوى الثلاثة ، الا أن ما ادعوه من الفورية عندى محل توقف ، اذ لا أعرف عليه دليلا واضحاً أزيد من الامر بالرد متى طلبها المالك ، والامر من حيث هو لا يقتضى الفورية ، فايجابها يحتاج الى دليل واضح ، زيادة على الامر بالرد ، كما لا يخفى ، و كونه حقاً لادمى لا يقتضى تضييقه بهذا النحو الذى ذكروه .

نعم لو فهم منه التضييق فالامر كما ذكروه ، ولو كان المودع غاصباً فانه لا يجوز ردها عليه ، ولا على وارثه لو طلبها ، بل يجب اعادتها على مالكها ان عرف ، ولو لم يعرف فأقوال : أحدها ماذهب اليه الشيخ فى النهاية ، قال : انه يعرّفها حولا كما يعرف اللقطة ، فان جاء صاحبها ، و الا تصدق بها عنه ، وتبعه ابن البراج وهو المنقول عن ابن الجنيد أيضاً ، وبه صرح العلامة فى التذكرة والارشاد ، وفى المسالك : انه هو المشهور بين الاصحاب .

وثانيها ــ ماذهب اليه الشيخ المفيد قال : ان لم يعرف أربابها أخرج منها الخمس الى فقراء آل محمد (صلى‌الله‌عليه‌وآله) وأتباعهم ، وأبناء سبيلهم وصرف منها الباقى الى فقراء المؤمنين .

وقال سلار : و ان لم يعرف أربابها جعل خمسها لفقراء أهل البيت (عليهم‌السلام) والباقى لفقراء المؤمنين وهو يرجع الى قول الشيخ المفيد .

ثالثها ــ ما ذهب اليه أبو الصلاح قال : اذا لم يعرف صاحبها ولا من ينوب منابه حملها الى الامام العادل ، فان تعذر ذلك فى المسلمين فعلى المودع حفظ الوديعة الى حين التمكن من ايصالها الى مستحق ذلك ، والوصية بها الى من يقوم مقامه ، ولا يجوز ردها على المودع مع الاختيار .

وقال ابن ادريس : ان لم يتعين له حملها الى الامام العادل ، وان لم يتمكن لزمه الحفظ بنفسه فى حياته ، وبمن يثق به فى ذلك بعد وفاته الى حين التمكن من المستحق ، قال فى المختلف : وهو الاقوى ، لنا أنه أحوط .

وقال في المسالك بعد نقل ذلك عن ابن ادريس وقواه في المختلف : وهو حسن .

أقول : وهو يرجع الى قول أبي الصلاح المتقدم ، والذى وقفت عليه من الاخبار هنا ما رواه الشيخ عن حفص بن غياث (١) « قال : سألت أبا عبدالله (عليه‌السلام) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم هل يرده عليه ؟ قال : لا يرده ، فان أمكنه أن يرده على صاحبه فعل ، والا كان في يده بمنزلة اللقطة ، يعرّفها حولا فان أصاب صاحبها ردها عليه والا تصدق بها ، فان جاء بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم ، فان اختار الاجر فله ، وان اختار الغرم غرم له ، وكان الاجر له » وهذه الرواية ظاهر في ما ذهب اليه الشيخ ، وليس غيرها في المسألة ، ولم أقف على دليل يدل على شيء من القولين الاخيرين .

قال في المختلف ـ بعد نقل الرواية ـ : والجواب الطعن في السند ، ولا نسلم مساواته للقطة ، ثم قال : على أن قول الشيخ لا يخلو من قوة ، وفيه أن الطعن بالسند لا يقوم حجة على الشيخ وأمثاله الذين لا أثر لهذا الاصطلاح عندهم ، ومنع المساواة للقطة بعد تصريح الخبر بذلك ممنوع ، وهو انما تمسك في قوة ما اختاره بالاحتياط ، والاحتياط عندهم ليس بدليل شرعي ، ورد الخبر بلا معارض غير معقول ولا منقول .

وقال في المسالك ـ بعد الاشارة الى الخبر المذكور ـ : والطريق ضعيف ، لكنه مجبور بالشهرة ، وبه يعلم قوة ما ذهب اليه الشيخ وأتباعه .

وفي المسالك ـ بعد أن استحسن مذهب ابن ادريس كما قدمنا نقله عنه ـ قال : وان كان القول بجواز التصرف بها بعد اليأس والتعريف متوجهاً أيضاً كما في كل مال ييأس من معرفة صاحبه ، لان فيه جمعاً بين مصلحتي الدنيا والاخرة بالنسبة

---

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٠ ح ٧ ، الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٨ .

الى مالكها ، فانه لوظهر غرم له ان لم يرض بالصدقة ، فلاضرر عليه ، ثم قال ـ بعد نقل مذهب الشيخ المفيد ـ : والأجود التخيير بين الصدقة بها و ابقائها أمانة ، وليس له التملك بعد التعريف هنا ، وان جاز في اللقطة ، و ربما احتمل جوازه بناء على الرواية ، فانه جعلها فيه كاللقطة ، وهو ضعيف ، ويمكن أن يريد بها منزلته منزلة اللقطة في وجوب التعريف مطلقاً ، ولم يذكر من عمل بالرواية جواز التملك ، انتهى .

ولايخفى مافيه من المدافعة للكلام الاول لدلالته على التملك ، و جواز التصرف مع الضمان ، وبيان الوجه في قوة ذلك ، ودلالة هذا الكلام على عدم جواز التملك هنا و ان جاز في اللقطة ، والمراد بجواز التملك حيث كان انما هو مع الضمان ، واحتمال العدول عما ذكر أولا ، ولاسيما مع بيان الوجه في القول الاول والتصريح بالعلة و عدم التعرض لذلك في الثاني بعيد ، ومقتضى هذا الكلام الاخير حدوث قول رابع في المسئلة كما لايخفى ، وظاهره أن ذلك هو الحكم هنا وان لم يعرفها بالكلية .

وقال في المسالك أيضاً : وانما يجب منع الغاصب منها مع امكانه ، فلو لم يقدر على ذلك سلمها اليه ، وفي الضمان حينئذ نظر ، والذى يقتضيه قواعد الغصب أن للمالك الرجوع على أيهما شاء ، وان كان قرار الضمان على الغاصب انتهى .

ولومزج الغاصب الامانة بماله وأودع الجميع فقد أطلق جمع منهم المحقق في الشرايع أنه ان أمكن الودعى تمييز المالين ميزهما ورد عليه ماله ، ومنعه الاخر وان لم يمكنه وجب رد الجميع على الغاصب ، وعلل الوجوب هنا بأن منعه منهما يقتضي منعه من ماله ، لان الفرض عدم امكان التمييز ، ومنعه من ماله غير جائز .

واستشكله في المسالك بأن في الرد تسليطا للغاصب على مال غيره بغير حق ، وهو غير جائز ، ثم قوى الرد الى الحاكم ليقسمه ان أمكن الى آخر كلامه .

أقول : وهذا الفرع أيضا كغيره من الفروع المشكلة لعدم الدليل الواضح

في صورة ما اذا أودع الجميع مع تعذر التمييز أوتعسره ، فهل يرد عليه الجميع لوطلبه أم لا ، أم يرجع فيه الى الحاكم ، ولعل الاقرب الى القواعد الشرعية رفع الامر الى الحاكم الشرعي ، فيلزم الغاصب بالا قرار بالقدر المغصوب ، ويلزمه المقاسمة ان أمكن ولو بالصلح نيابة عن المالك ، والله العالم .

البحث الثاني في موجبات الضمان :

وهو دائر بين أمرين التفريط والتعدي فهنا مقامان : **الاول : التفريط** ـ ويرجع الى ترك مايجب عليه من الحفظ ونحوه ، وهو أمر عدمي بخلاف التعدي فانه عبارة عما لايجوز فعله كلبس الثوب وركوب الدابة ونحو ذلك ، وهو أمر وجودي والتفريط كان يطرحهافي غير حرز أو يترك نشر الثوب الذي يتوقف حفظه على النشر أو يودعها غيره من غير ضرورة ، ولا اذن ، أويسافر بها كذلك مع خوف الطريق وأمنه ، وطرح الا قمشة في المواضع التي تعفنها وترك سقي الدابة أوعلفها مدة لاتصبر عليه في العادة فتموت ونحو ذلك .

والكلام هنا يقع في مواضع : **الاول** ـ ماذكر من أن من جملة أسباب الضمان أن يطرحها في غير حرز .

قالوا : ويجب تقييده بما اذا طرحها و ذهب عنها ، أما لوبقي مراعياً لها بنظره لم يعد تفريطاً لان العين حرز ، الا أن يكون المكان غير صالح لوضعها فيه بحسب حالها ، وهو نوع آخر من التفريط .

أقول : ماذكر من التقييد المذكور لما كان شاذاً نادراصح الا طلاق ، لان الاطلاق انما ينصرف الى الافراد المتكررة المتعارفة الشايعة كما تقدمت الاشارة اليه في غير موضع ، وكذا عد من أسباب الضمان تأخير الاحراز مع المكنة ، وقيده بعض المحققين بالتأخير الزائد على المتعارف ، قال : و أما اذا كان تأخيراً قليلا وفي الجملة على الوجه المتعارف فليس بموجب للضمان وهو جيد .

الثاني – ما ذكر من أنه يضمن بترك نشر الثوب الذى يتوقف على النشر ، والوجه في ذلك أنه يجب عليه الحفظ ومن جملة ما يتوقف عليه نشر الثوب الذى يحتاج الى النشر وتعريضه للهواء فى كل وقت يفتقر اليه عادة ، قالوا : حتى لبسه لو لم يندفع ضرره الا به .

وبالجملة فكل ما يتوقف عليه الحفظ كما يجب عند الا طلاق سقى الدابة وعلفها ، ونحو ذلك مما يتوقف عليه بقاؤها ، وحفظها الا أن ينهاه المالك عن ذلك فانه لا يلزمه الضمان ، وان جازله الحفظ كما تقدم مثل ذلك ، فى نفقة الدابة ، ولم أقف في المقام على خبر ، ولكن ظاهر هم الاتفاق على ذلك ، ومقتضى قواعد هم يقتضيه ، الا أنه قد تقدم في كتاب الرهن من الاخبار ما هو ظاهر ، بل صريح فى المنافاة فان جملة منها يدل على أنه لو كان الرهن ثياباً وتركه المرتهن ولم يتعهده ولم ينشره حتى هلك وتأكل فانه من مال الراهن ، مع أنه لا خلاف فى أن الرهن في يد المرتهن أمانة ، يضمنها مع التفريط ، وبمضمون هذه الاخبار المذكورة أفتى الصدوق في المقنع أيضاً ، فقال : ان رهن عنده متاعاً فلم ينشر المتاع ولم يخرجه ولم يتعهده وفسد فان ذلك لا ينقص من ماله شيئا ، انتهى .

وهو كما ترى صريح في أنه لا ضمان عليه حسب مادلت عليه الاخبار المشار اليها ، ومنها صحيحة الفضل بن عبد الملك (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : « سألته عن رجل رهن عنده آخر عبدين فهلك أحد هما أيكون حقه في الآخر قال : نعم ، قلت أو داراً فاحترقت أيكون حقه في التربة ؟ قال : نعم ، أو دابتين فهلكت أحديهما أيكون حقه في الاخرى ؟ قال : نعم ، أو متاعاً فهلك من طول ما تركه أو طعاماً ففسد ، أو غلاماً فأصابه جدرى فعمى أو ثياباً فتركها مطوية لم يتعاهدها ولم ينشرها حتى هلكت ؟ قال : هذا يجوز أخذه يكون حقه عليه » ونحوها غيرها وهى كما ترى صريحة في خلاف ماذكروه من وجوب التعاهد و الضمان مع

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٧٥ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٢٨ ح ١ .

عدمه ، لو تضرر بذلك ، ولامعارض لهافي البين الامايظهر من ظاهر اتفاقهم ، مع أنك قد عرفت خلاف الصدوق في ذلك ، ولم أقف على من تنبه لذلك منهم ، (رحمهم الله) والعلامة في كتاب الرهن من المختلف نقل عبارة الصدوق المذكورة ثم قال : والاقرب ان على المرتهن الضمان ، لان ترك نشر الثوب المفتقر الى نشره يكون تفريطاً والمفرط ضامن ، انتهى .

وهو مؤذن بغفلته عن الاخبار المذكورة ، وعدم اطلاعه عليها ، والا كان الواجب ذكرها ، لانها مستندة في هذه المسئلة ، والجواب عنها ، وبالجملة فالمسئلة عندي لما عرفت محل توقف واشكال ، والله العالم .

الثالث ــ ما ذكر من أنه يضمن مع ايداعها الغير من غير ضرورة ولا اذن ، وهو مما لاخلاف فيه عندهم ، قال في التذكرة : اذا أودع المستودع الوديعة غيره فان كان باذن المالك فلاضمان عليه اجماعاً ، لانتفاء العدوان ، وان لم يكن باذن المالك فلايخلو اما أن يودع من غير ضرورة ، أو بعذر ، فان أودع بغير عذر ضمن اجماعاً لان المالك لم يرض بيد غيره وأمانته ، ولا فرق في ذلك الغير بين عبده أو زوجته أو ولده أو أجنبي عند علمائنا أجمع ، انتهى .

ومقتضى كلامهم انه يسقط الضمان بأحد شيئين : أحدهما الاذن ، فانه يجوز الايداع على النحو المأذون به ولاضمان ، وثانيهما العذر كخوف سرقة أو نهب أو حرق أو أراد سفراً الا أن ظاهرهم هنا هو أن الواجب أولا ردها الى المالك أو وكيله ان امكن ، والا فالى الحاكم ، لانه قائم مقام المالك شرعاً مع تعذره ولايسمى هذا ايداعاً ، ومع عدم امكان الحاكم فانه يودعها الثقة ، وهذا هو الخارج بالقيد المذكور ، فلو دفعها الى الحاكم مع امكان الدفع الى المالك أو وكيله ضمن كما أنه لو دفعها الى الثقة مع امكان الدفع الى الحاكم ضمن ، ولافرق في المنع من ايداع الغير بدون أحد الوجهين المذكورين ، بين أن يكون الغير مستقلا بها ، أو شريكا في الحفظ بحيث تغيب عن نظره .

قال في المسالك : وهوموضع وفاق ، ولانه تصرف فيمالالغير بغيراذنه ، قال :
وفي حكم مشاركته في الوديعة وضعها في محل مشترك في التصرف ، بحيث لا يلاحظه في سائر الاوقات نعم لوكان عند مفارقته لضروراته يستحفظ من يثق به ويلاحظ الحرز فيعوداته ، رجح فيالتذكرة اغتفاره لقضاء العادة به ولانه ايداع عندالحاجة ، ثم قال : ولو فوض الحفظ اليالغير لالضرورةأو أشركه أو لم يحرز عنه ضمن ، انتهى .

ولو أودعها من غيراذن ولاضرورة ضمن ، وكان لصاحبها أن يرجع على من يشاء منها لو تلفت ، فان رجع علىالمستودع الاول فلا رجوع له على الثاني ، وان رجع على المستودع الثانيكان للمستودع الثاني أن يرجع على المستودع الاول ، لانه دخل معه على أن لايضمن كذا ذكره فيالتذكرة .

والوجه فيه أن الحكم هنا كما فيالغاصب ، وقدذكروا ثمة أنه مع رجوع المالك علىأيهما شاء ، فان الجاهل منهم بالغصب يرجع علىمن غره ، فسلطه على مال الغير ، ولم يعلمه بالحال ، وأما العالم فلا رجوع له فهيهنا أيضا كذلك فمتى رجع المالك على المستودع الاول ، فانه لارجوع للمستودع الاول على الثاني ، لعلمه بعدم جواز مافعله ، فقد سلطه على اتلافه ، بخلاف رجوع المالك على المستودع الثاني لانه مغرور ، فلاضمان عليه ، بل يرجع على الاول .

الرابع – ما ذكر من أنه يضمن مع السفر بها على الوجه المذكور ، والظاهر أنه مما لاخلاف فيه ، قال فيالتذكرة : لوعزم المستودع على السفركان له ذلك ، ولم يلزمه المقام لحفظ الوديعة ، لانه متبرع بامساكها ، ويلزمه ردها اليصاحبها أو وكيله ، والا فالحاكم ، ويجب عليه قبولها ، لانه موضوع للمصالح فان لم يجدد فعها اليأمين ، ولا يكلف تأخيرالسفر ، لان النبي(صلى الله عليه وآله) كانت عنده ودايع ، فلما أرادالهجرة سلمها الى أم أيمن ، وأمر علياً (عليهالسلام)

أن يردها ، فان ترك هذا الترتيب فدفعها الى الحاكم أوالامين مع امكان الدفع الى المالك أو وكيله ضمن ، ولايجوز أن يسافر بها ، فان سافر بها مع القدرة على الرد على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الامين ضمن عند علمائنا أجمع ، سواء كان السفر مخوفا أو غير مخوف ، انتهى .

قيل : والمراد بتعذر الوصول الى المالك أو وكيله أو الحاكم المشقة الكثيرة الراجعة الى التعسر ، لان ذلك معنى هذا اللفظ عرفاً ولغة ، لما في التزامه بتحمل مايزيد على ذلك من الحرج والضرر المنفيين ، وهو جيد .

بقي الكلام في مالو اضطر الى السفر بالوديعة بأن يضطر الى السفر ، وليس في البلد حاكم ولا أمين ولم يجد المالك ولا وكيله أو اتفق في البلد ما يوجب الخروج من حريق أو غارة أو نهب ، ولم يجد أحداً من هؤلاء المذكورين . فان ظاهرهم جواز السفر بها ، ولاضمان وادعى عليه في التذكرة الاجماع ، قال : لان حفظها حينئذ في السفر بها والحفظ واجب ، واذ لم يتم الا بالسفر بها كان السفر بها واجباً ، ولا نعلم فيه خلافاً أما لوعزم السفر من غير ضرورة في وقت السلامة وأمن البلد وعجزه عن واحد هؤلاء المذكورين و سافر بها فالاقرب الضمان لانه التزم الحفظ في الحضر ، فليؤخر السفر أو يلزم خطر الضمان ، انتهى .

وظاهر آخر كلامه جواز السفر من غير ضرورة مع العجز عن أحد هؤلاء واستصحاب الامانة مع التزام الضمان ، ومنعه في المسالك في الصورة المذكورة فقال بعد نقل ذلك عنه : والاجود المنع ، وهو الاقرب الى جادة الاحتياط المطلوب في أمثال هذه المقامات الخالية من النصوص .

وكيف كان فالضمان مما لا اشكال فيه ، فان ظاهر اطلاق الايداع والحفظ انما ينصرف الى الحضر ، ولان السفر لا يخلو من خطر في الجملة ، ويؤيده أنه الاوفق بالاحتياط .

تنبيهات :

أحدها ـ قال في التذكرة : لو عزم المستودع على السفر فدفن الوديعة ثم سافر ضمنها ان كان دفن في غير حرز ، فان دفنها في منزله في حرز ولم يعلم بها أحداً ضمنها أيضاً ، لانه غرر بها ، ولانه ربما هلك في سفره فلا يصل صاحبها اليها ، لانه ربما خرب المكان أو غرق فلا يعلم أحد مكانها ، فان أعلم بها غيره وكان غير أمين ضمن ، لانه قد زادها تضييعاً ، وان كان أميناً ولم يكن ساكناً في الموضع ضمنها ، لانها لم يودعها عنده ، وان كان ساكناً في الموضع فان كان مع عدم صاحبها والحاكم جاز ، لان الموضع وما فيه في يد الامين ، والاعلام كالايداع ، انتهى .

وثانيها ـ هل المراد بالسفر هنا هو السفر الشرعي أعني قصد المسافة أو ما هو أعم منه ومن العرفي كالتردد فيما دون ذلك ، قال في شرح القواعد : لم أقف على تحديد ، والمتبادر منه شرعاً قصد المسافة ، فعلى هذا لايجب الرد الا بالخروج الى مسافة ، وهو مشكل لانه متى خرج المستودع من بلد الوديعة على وجه لايعد في يده عرفاً يجب أن يقال أنه ضامن ، لانه أخرج الوديعة من يده ، فقصر في حفظها فيضمن ، وينبغي الجزم بأن تردده في البلد وماحوله في المواضع التي لايعد الخروج اليها في العادة خروجاً عن البلد وانقطاعاً عنه كالبساتين ونحوها لايجب معها رد الوديعة ، ومن تعذر الحاكم والثقة كذا ذكره المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد ، وهل الجميع من كلام الشرح أو ممزوجاً بكلامه احتمالان ، حيث أنه لا يحضرني الان الشرح المشار اليه .

وقال في المسالك : وأما السفر فالاولى حمله على العرفي أيضاً لا الشرعي ، فعلى هذا لايجوز استصحابها في تردداته في حوائجه الى حدود البلد ، وما قاربه من القرى التي لايعد الانتقال اليها سفراً مع أمن الطريق ، ولايجوز ايداعها في مثل ذلك مع امكان استصحابها ، كما لايجب ردها على المالك ، انتهى .

وقال المحقق الاردبيلى ـ بعد ذكر ما قدمنا ذكره نقلا عنه من كلام شرح القواعد وكلام فى البين ونعم ما قال : فانه الحق الحقيق بالامتثال ـ : واعلم أنه ليس في الايات والاخبار مايمنع السفر بالوديعة ، ولا عدم السفر للودعى الا بأن يسلمها الى المالك أو الى الحاكم أو يودعه عند ثقة ، حتى يجب علينا تحقيق السفر ، بل هو كلام الفقهاء ، بل فقهاء العامة .

ثم قاله الاصحاب أيضاً ، والذى علم أنه يجب حفظها على ما يقتضيه العرف والعادة فى ذلك الشىء ومن مثل ذلك الشخص كما أشرنا اليه ، فيجوز لـه فعل كل شىء مالم يكن تركا للحفظ عرفاً ، ولايجب الكون عندها بعد وضعها فـي الحرز ، انتهى وهو جيد وجيه كما لايخفى على الفطن النبيه .

والمفهوم من كلام العلامـة فى التذكرة ـ بالنظر الى سياق البحث ـ أن المراد بالسفر الشرعى ، فانه الذى يدور عليه كلامه وتمثيلاته ، وان لـم يصرح بشىء من الفردين المذكورين .

وثالثها ـ ما تقدم فى عبارة التذكرة من وجوب القبول على الحاكم لوعزم على السفر ، ولم يتمكن من الدفع الى المالك أووكيله ، قد صرح به فى القواعد أيضاً ، فقال : والاقرب وجوب القبض على الحاكم ، وكذا المدين والغاصب اذا حملا الدين والغصب اليه ، وعلل الشارح وجه القرب قال : لانه منصوب للمصالح ولو لم يجب القبض فاتـت المصلحة المطلوبة من نصبه ، وهـو الاصح ، ويحتمل ضعيفا العدم ، تمسكاً باصالة البرائة ، وهو يرجع الى ماذكره فى التذكرة .

وفيه أنـه لا دليل على ما ذكروه ، من أن الغرض من نصبه هو ذلك ، بل غاية مايفهم من الاخبار أنه منصوب للحكم والقضاء والفتوى خاصة ، وهى الاخبار الدالة على نيابته عن الامام (عليه‌السلام) وكما لم يقم دليل على وجـوب ذلك على الامام (عليه‌السلام) الذى هو المنوب عنه فى الاحكام ، كذلك لم يقم بالنسبة اليه ، بل غاية أخبار النيابة انما هو ما ذكـرناه ، على أنـه اذا كان الغرض من

الدفع اليه انما هو الحفظ للمالك ، فهو غير منحصر فيه ، بل يحصل ذلك بالثقة .

وبالجملة فاني لاأعرف لما ذكروه من الوجوب هنا دليلا واضحاً .

ورابعها ـ أنه ينبغي أن يعلم أن جواز السفر لضرورته أوضرورتها مشروط بأمن الطريق ، فلوكان مخوفاً علماً أوظناً بظهور بعض الامارات فظاهرهم أنه لايجوز السفر بها والحال كذلك ، فلوسافر ضمن ، لانه تعزير بها ، قالوا : حتى لوفرض الخوف أيضاً في الحضر ، و تعارض الخطران رجح الاقامة ، لان السفرفي حدذاته خطر ، فاذا انضم اليه امارة الخوف زاد خطره على الخطر ، والله العالم .

الخامس ـ ما ذكر من أنه يضمن بطرح الاقمشة في المواضع التي تعفنها والمراد طرحها كذلك مدة يمكن حصول التعفن فيها ، فلو لم يكن كذلك بأن طرحها مدة لايحصل ذلك بل يقطع بعدم التضرر فلاضمان ، فانه لايعد تفريطاً يوجبه ، ومثله وضع الكتب التي يخاف عليها من النداوة المفسدة بها ، ونحوذلك والمرجع في الجميع في ذلك الى اشتراط كون الموضع صالحاً للوديعة بحسب حالها وما يناسبها مكاناً وزمانا ، الا أنك قدعرفت في الموضع الثاني ماينجر به المناقشة الى هذا الحكم في هذا الموضع أيضاً والله العالم .

السادس ـ ماذكرمن الضمان مع ترك سقي الدابة أو علفها مدة لاتصبر عليه فتموت ، فانه لاخلاف فيه الا أن تخصيص الضمان بذلك محل اشكال كما سيظهر لك ان شاء الله .

و كيف كان فانها لوماتت بغيره ، فانه لايضمن ، و كذا لوماتت في زمان لاتتلف في مثله لم يضمن أيضا ، لانهالم تتلف بذلك ، صرح به في التذكرة ، وقد تقدم نقله عنه آنفا ، و كذا لايضمن لوكان بهاجوع وعطش سابق لايعلم بهما فماتت بهما ، بحيث لولا التقصير لما ماتت ، أما لوكان عالماً بهما فانه يضمن ، ولولم تمت بذلك بل نقصت ضمن النقصان .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن عبارات الاصحاب في هذا المقام لايخلو من اختلاف

واضطراب ، فان المفهوم من بعضها أن مجرد الترك ولو مرة واحدة تفريط موجب للضمان ، وكذا مجرد المخالفة لما أمر به المالك وان لم يترتب عليه الفوات ، ومتى تحقق الضمان زال حكم الوديعة كما تقدم ذكره مالم يحصل ايداع جديد، والمفهوم من بعضها تخصيص الضمان بترك العلف والسقي مدة لاتصبر عليه فماتت ، كما عرفت من العبارة المتقدمة ، وهو مؤذن بتخصيص الضمان بصورة الموت ، و نحوها الصور الملحقة بها ، وكذا مجرد التقصير في الحفظ لايوجب ضماناً الا مع التلف ، ولهذا قال في المسالك ـ ونعم ما قال بعد ذكر عبارة المصنف بنحو ما قدمنا ذكره ما صورته ـ : و اعلم أن الواجب علفها و سقيها بحسب المعتاد لامثالها ، فالنقصان عنه يعد تفريطاً بسواء صبرت عليه أم لا ، و متى عدّ تفريطاً صار ضامناً لها ، وان ماتت بغيره ، هذا الذى يقتضيه قواعد الوديعة .

و حينئذ فتعليق المصنف الحكم على موتها بسبب ترك ذلك مدة لاتصبر عليه عادة ان أريد به هذا المعنى ، فلا اشكال من هذه الحيثية ، لكن يشكل اختصاص حكم الضمان بموتها به ، مع كونها قد صارت مضمونة بالتفريط ، ومن شأن المضمون به أن لاتفترق الحال بين تلفه ونقصه بذلك السبب وغيره ، وسيأتى له نظائر كثيرة فى كلام المصنف وغيره .

وان أراد به معنى آخر أخص مما ذكرناه كما هو الظاهر أشكل الحكم بماسبق ، و من توقف الضمان على ترك هذه المدة مع أن الواجب القيام بالمعتاد منه ، وبتركه يتحقق التفريط ، وفي عبارة العلامة ماهو أبلغ مما هنا ، قال في التذكرة : لوامتنع المستودع من ذلك ، وعنى به العلف والسقي حتى مضت مدة يموت مثل الدابة فى مثل تلك المدة ، نظر ان ماتت ضمنها ، وان لم تمت دخلت في ضمانه ، وان نقصت ضمن النقصان ، وان ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها ، هذه عبارته ، وقد علق الضمان فيها كما ترى على ترك ذلك مدة تموت فيها عادة ، لاتأخيره زيادة عن العادة ، ولازيادة على ما تصبر عليه عادة ، انتهى .

وبالجملة فالمسئلة لاتخلو من الاشكال ، لعدم الدليل الواضح فيهذا المجال ولم أقف في المقام الا علىمارواه ثقة الاسلام في الكافي عن محمد بن الحسن (١) في الصحيح « قال : كتبت الى أبي محمد (عليه السلام) رجل دفع الى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره ، فضاعت هل يجب عليه اذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه ، فوقع (عليه السلام) هو ضامن لهاانشاءالله » .

ورواه في الفقيه (٢) هكذا « رجل دفع الى رجل وديعة و أمره أن يضعها في منزلـه أولم يأمره فوضعها في منزل جاره » الى آخر ما تقدم و مورد الخبر وقوع التلف بالمخالفة ، وهو مما لا اشكال فيه ، انما الاشكال في الضمان بمجرد المخالفة وان لم يترتب عليه التلف ، كما هو ظاهر شيخنا المتقدم ذكره وغيره .

المقام الثاني في التعدى : وقد عرفت أنه عبارة عن فعل ما لايجوز فعله ، قالو : مثل أن يلبس الثوب أويركب الدابة أويخرجها من حرزها لينتفع بها ، وكـذا لو طلبت منه فامتنع من ردها مع الامكان ، فانـه يضمن أيضاً ، و نحوه لو جحدها ثـم قامت عليه البينة ، او اعترف بها ويضمن بالخلط بماله على وجه لايتميز ، ويضمن أيضاً بفتح الكيس المختوم ، وكذا لو أودعـه كيسين فمزجهما ويضمن لو حمل الدابة أثقل مما أذن له فيه ، أو أشق ولو أودعه المالك في حرز مقفل ففتح القفل وأخذ بعضها ضمن الجميع ، ولو لم يكن في حرز أوكان الحرز من الودعى وأخذ بعضها ضمن ما أخذ خاصة .

والكلام في تحقيق هذه المواضع يقتضي بسطه في موارد : الاول ـ ماذكر من الضمان بلبس الثوب وركوب الدابـة ويجب تقييده بما اذا لـم يتوقف الحفظ عليهما ، والا كان واجبا فضلا عن أن يكون جائـزا كما لوكان الثوب من الصوف يتوقف حفظه من الدود على لبسه ، بحيث أنـه لايندفع ذلك بمجرد النشر فـي

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٩ .
(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٨٨٠ ، الوسائل ج١٣ ص ٢٢٩ ح ١ .

الهواء وكذا الدابة لو توقف نقلها الى الحرز أوسقيها على ركوبها ، وفي حكم الثوب الكتب المودعة ، فلو توقف حفظها على المطالعة فيها ، أو النسخ منها لم يكن ذلك تعديا .

قال في التذكرة : ولو استودع ثياب صوف وجب على المستودع نشرها وتعريضها للريح ، لئلا يفسدها الدود ، ولولم يندفع الفساد الا بأن يلبس ويفتق به رائحة الادمي وجب على المستودع لبسها ، وان لم يفعل ففسدت بترك اللبس أو تعريض الثوب للريح كان ضامناً ، سواء أمره المالك أو سكت عنه .

أقول قد عرفت في الموضع الثاني من المقام الاول (١) ما في هذا الكلام من الاشكال والداء العضال لدلالة الاخبار على عدم الضمان في صورة عدم التعريض للهواء ، وعدم وجوب ذلك وان هلك بطول المكث ، كما هو ظاهر الصحيحة المتقدمة ، و نحوها غيرها مما تقدم في كتاب الرهن (٢) وكما يضمن في الصورة المذكورة ، كذا يضمن عندهم لو أخرج الثوب من محله ليلبسه والدابة ليركبها ، فانه يضمن أيضاً ، وان لم يلبس ولم يركب كذا ذكره في التذكرة ، قال : لان الاخراج على هذا القصد خيانة ، فوضع يده على مال الغير خيانة وعدواناً من غير أمانة فيكون ضامناً انتهى .

ولو نوى ذلك ولم يخرج شيئا منهما عن محله ولم يستعمله ، وكذا لو نوى أخذ الدراهم من الكيس ولم يأخذ ، قال في التذكرة في الضمان اشكال ، ينشأ من أنه لم يحدث في الوديعة فعلا ولا قولا ، فلا يضمن ، ومن أنه قصد الخيانة فصار خائنا ولا أمانة للخائن فيكون خائنا ضامنا ، ثم انه صرح أيضاً بأنه لو أخذ الوديعة من المالك بقصد الخيانة ، فالاقوى الضمان ، لانه لم يقبضها على سبيل الامانة ، فيده يدخيانة لايد أمانة ، فلايكون أميناً بل خائنا ضامنا .

---

(١) ص٤٣٠ .

(٢) ج ٢٠ ص ٢٣٤ .

وفيه أن الظاهر أن صدق الخائن عليه شرعاً وعرفاً لايحصل الا بفعل ما يوجب الخيانة ، لابمجرد النية ، والا لصدق على من نوى الزنا ولم يزن أنه زان ، ونحو ذلك ، ولاريب في بطلانه .

الثاني ـ ما ذكر من الضمان لوطلبها المالك أومن يقوم مقامه فامتنع من ردها مع الامكان .

أقول : أما وجوب الرد مع الطلب فلاريب فيه للاية و الرواية قال الله تعالى (١) « ان الله يامركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها » والاخبار بذلك قد تقدمت في صدر الكتاب (٢) والامر بالرد فوري عندهم ، وأما وجوب الضمان في الصورة المذكورة فالظاهر أن دليله الاجماع على أن التقصير موجب للضمان، ولم أقف على نص في ذلك ، وقد تقدم في الموضع العاشر من البحث الاول (٣) تحقيق معنى الرد وتفصيل الكلام في هذا المقام .

فروع :

الاول ـ قال في التذكرة : لو أمره المالك بدفع الوديعة الى الوكيل فطلبها الوكيل لم يكن له الامتناع ، ولا التأخير مع المكنة ، فان فعل أحدهما كان ضامنا ، وحكمه حكم ما لوطلب المالك فلم يرد عليه ، الا أنهما يفترقان في أن المستودع له التأخير الى أن يشهد المدفوع اليه على القبض لان المدفوع اليه و هو الوكيل لو أنكر الدفع صدق بيمينه ، و ذلك يستلزم ضرر المستودع بالغرم انتهى .

أقول : مرجع الفرق بينهما الى أنه في صورة انكار الوكيل الدفع يحتاج المستودع الى البينة ، ومع عدمها يمين المنكر ، لان هذا الفرد أحد أفراد الكلية

(١) سورة النساء ـ الاية ٥٨ .
(٢) ص ٣٩٥ .
(٣) ص ٤٢٦ .

القائلة (١) «بأن البينة على المدعى، واليمين على المنكر» وأما في صورة انكار المالك لوادعى الودعى الدفع اليه فانه وان كان أيضاً أحدهما مدعياً والاخر منكراً الا أنه من حيث كونه أميناً ومحسناً وقابضاً لمصلحة المالك فالقول قوله بيمينه، ولايكلف البينة كما هي قاعدة الامين في أى موضع كان، فهي مستثناة من القاعدة المذكورة بالنصوص الكثيرة هذا هوالمشهور.

وقيل: ان عليه البينة في دعوى الرد على المالك أيضاً، عملا بالقاعدة المذكورة، والاظهر ضعفه عملا بالاخبار الدالة على حكم الامانة، وأنه يقبل قول الامين بيمينه، والوديعة من جملتها كما تقدم ذكره.

الثاني: لوقال المالك له: رد الوديعة على فلان وكيلي، فلم يطلب الوكيل الرد، قال في التذكرة: ان لم يتمكن المستودع من الرد فلاضمان عليه قطعاً، لعدم تقصيره، وان تمكن من الرد احتمل الضمان، لانه لما أمره بالدفع الى وكيله فكانه عزله، فيصير ما في يده كالامانات الشرعية.

الثالث ـ قال في التذكرة أيضاً: لوأمره المالك بالدفع الى وكيله أو أمره بالايداع لما دفع اليه ابتداء، فالاقرب أنه لا يجب على المدفوع اليه الاشهاد على الايداع، بخلاف قضاء الدين، لان الوديعة أمانة.

وقول المستودع مقبول في الرد والتلف، فلا معنى للاشهاد، ولان الودايع حقها الاخفاء بخلاف قضاء الدين، وهو أظهر وجهي الشافعية.

أقول: فيه أنه قد صرح في الفرع الاول بأن للودعى التأخير عن الدفع الى الوكيل الى أن يشهد له على القبض، لمايلزم بعدم الاشهاد من الضرر عليه لوأنكر الوكيل القبض، وقد بينا الوجه فيه، وهنا نفى الوجوب عنه، وهذا لايجامع الحكم الاول، لان مقتضى ماذكره أولا أنه لايجب على الودعى الدفع الا مع الاشهاد له بالقبض، ومقتضى هذا الكلام أنه لايجب على الوكيل الاشهاد،

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٠ ح ١، الوسائل ج ١٨ ص ١٧١ ح ٥.

واللازم من ذلك أنه لايجب على الودعي الدفع في صورة أمر المالك بالدفع ، كما هو المفروض في كل من الموضعين ، ولاريب في بطلانه ، وقوله في الكلام الاخير لان قول المستودع مقبول في الرد انما هو مسلم بالنسبة الى دعواه الرد على المالك لما عرفت ، بناء على القول المشهور .

وبالجملة فان الظاهر عندى هو التدافع فيما ذكره في هذين الكلامين

الثالث ـ ماذكرمن الضمان لوجحدها ثم قامت عليه البينة أو اعترف بها وعلل بأنه انما كان الجحود موجباً للضمان ، لانه خيانة ، حيث انه بانكاره يزعم أن يده عليها ليست نيابة عن المالك ، فلا يكون أمينه ، فيصير يده عليها يد ضمان لا يد وديعة وأمانة .

قالوا : ويعتبر في تحقيق الضمان بالجحود أمور : **الاول** ـ أن يكون بعد طلب المالك لها ، فلوجحدها ابتداء أوعند سؤال غيره لم يضمن ، لان الوديعة مبنية على الاخفاء فانكاره بغير طلب يوجب الرد أقرب الى الحفظ ، ولو لم يطلبها المالك لكن سأله عنها فقال : لي عندك وديعة فجحد فلهم في الضمان قولان : أحدهما ما اختاره في التذكرة ، وهو العدم ، لانه لم يمسكها لنفسه ولم يقر يده عليها بغير رضى المالك ، حيث لم يطلبها ، ومجرد السؤال لايبطل الوديعة ، ولايرفع الامانة .

وثانيها ـ ما اختاره الشيخ علي (رحمه الله) واستوجهه في المسالك من ثبوت الضمان ، قال المحقق المذكور : لان جحوده يقتضي كون يده ليست عن المالك لان نفي الملزوم يقتضي نفي لازمه من حيث هو لازمه ، فلايكون أميناً عنه فيضمن.

الثاني ـ أن لايظهر بجحوده عذراً بنسيان أو غلط أو نحوهما فانه لايضمن ان صدقه المالك على العذر والا ففي الضمان وجهان : واستقرب في التذكرة الضمان ، و وجهه يعلم مما سبق .

وفي المسالك أن عدم الضمان لايخلو من وجه .

الثالث ـ أن لايكون الجحود لمصلحة الوديعة بأن يقصدبه دفع ظالم أو

متقلب على المالك أو نحو ذلك ، لانه محسن في ذلك ، وما على المحسنين من سبيل .

الرابع ـ ما ذكر من الضمان بالخلط بماله على وجه لايتميز ، قال في التذكرة : اذا مزج المستودع الوديعة بماله مزجاً لايتميز أحدهما عن صاحبه كدراهم مزجها بمثلها أو دنانير بمثلها ، بحيث لايتميز بين الوديعة وبين مال المستودع أو مزج الحنطة بمثلها ، صار ضامناً ، سواء كان المخلوط بها دونها أو مثلها ، أو أزيد منها ، انتهى .

ومرجع ذلك الى اشتراك الجميع في التعدى الناشي عن التصرف في الوديعة تصرفاً غير مشروع ، وتعيبها بالمزج المفضى الى الشركة الموجب الى المعاوضة على بعض ماله بغير رضاه عند القسمة ، ولاريب أن الشركة عيب ، وربما يفهم من قوله بماله أنه لو كان الخلط بمال المالك لـم يضمن ، وليس كذلك بل يضمن أيضاً كما صرح به في التذكرة في تتمة كلامه ، حيث قال : ولو مزجها بمال مالكها بأن كان له عنده كيسان وديعة ، يمزج أحدها بالاخر بحيث لايتميز ضمن أيضا ، لانه تصرف غير مشروع في الوديعة ، وربما ميز بينهما لغرض دعى اليه والخلط خيانة ، انتهى .

وسيأتي الكلام في ذلك أيضاً ان شاء الله تعالى ، وكما يضمن في الصورتين المذكورتين ، فكذا فيما لو خلطه بمال مغصوب ، بل هو أشد الجميع أو بمال يكون عنده أمانة بغير الوديعة ، لصدق التصرف المنهى عنه في الجميع .

وفي التقييد بعدم التمييز بين المالين اشارة الى أنه لو تميز المالان فلاضمان وهو كذلك عندهم ان لم يستلزم المزج أمراً آخر موجباً للضمان ، كما لو كان المال في كيس مختوم ، فانه وان لـم يضمن بالمزج من حيث التميز الا أنه يضمن من حيث فكه الختم الذى على الكيس كما سيأتي ذكره انشاء الله تعالى .

الخامس ـ ما ذكر من الضمان بفتح الكيس المختوم ، قال في التذكرة : لو أودعه عشر دراهم مثلا في كيس ، فان كان مشدوداً أو مختوماً فكسر الختم وحل

الشداد أو فعل واحداً منهما ضمن ، لانه هتك الحرز على ما تقدم ، وظاهرهم أنه لافرق في الضمان بكسر الختم وحل الشداد وبين أن يأخذ من الكيس شيئاً وعدمه ولا في الختم بين أن يكون مشتملا على علامة للمالك وعدمه ، لاشتراك الجميع في العلة الموجبة للضمان ، وهي هتك الحرز والتصرف المنهي عنه ، ومثله الصندوق المقفل لو فتح قفله ، هذا كله اذا كان الختم والشد من المالك ، فلو كان ذلك من الودعي فلا ضمان ، اذ لا هتك ولا تصرف فيما فعله المالك ، الا أن يكون ذلك بأمر المالك ، فانه عندهم في حكم فعل المالك ذلك .

بقي الكلام في أنه ربما كان القصد من الختم أو الشد انما هو الحفظ والمنع من الانتشار دون الاخفاء ، وعدم الاطلاع على ذلك ، والفارق بين الامرين القرائن فانه لايبعد عدم الضمان في الصورة الاولى ، وبه جزم في المسالك وحيث يضمن للمظروف بفتح الظرف على الوجه المتقدم ، فهل يضمن الظرف أيضاً أم لا ؟ وجهان بل قولان : أولهما ــ اختاره في المسالك قال : للتصرف فيه المنهي عنه ، وثانيهما ــ استقربه في التذكرة ، لانه لم يقصد الخيانة في الظرف وضعفه في المسالك بأن قصد الخيانه لا دخل له في الضمان ، بل التصرف ، قال : وقد استشكل في حكم ما لو عد الدراهم غير المختوم أو وزنها أو ذرع الثوب ، مع أن مقتضى تعليله عدم الضمان ، ولو خرق الكيس المختوم فان كان الخرق تحت الختم ، فهو كفض(١) الختم ويزيد ضمان الظرف أيضاً وان كان فوق الختم فليس الا ضمان الظرف .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر المحقق الاردبيلي (رحمه الله) المناقشة في هذا الحكم ، فانه قال : بعد أن نقل عن التذكرة الضمان بمجرد فض الختم ، وخرق الكيس على الوجه المذكور .

والظاهر عدم الضمان في الموضعين لما فيه من عدم التصرف بخيانة ، وكأنه يخص التصرف هنا بغير الدراهم التي في الكيس ، حيث أنه لم يدخل يده فيها ،

(١) الفض بمعنى الكسر ــ فضه اى كسره .

وأن التصرف الموجب لضمانها انما هو وضع اليد فيها والاخذ منها ، والا فانما ذلك تصرف في الكيس خاصاً ، والمسئلة كغيرها بمحل من الاشكال ، فان كلامه لايخلو من قرب ، وان كان ظاهرهم الاتفاق على أنه يضمن بمجرد فض الختم ، والله العالم .

السادس ـ ماذكره من الضمان لو أودعه كيسين فمزجها ، ظاهر هذا الكلام يعطي وجوب الضمان بمجرد المزج ولو أمكن التميز بينهما ، ولعله مبني على استلزامه ذلك التصرف في المالين بغير اذن المالك ، الا أنه قد تقدم في المورد الرابع عدم الضمان مع امكان التمييز ، ويمكن أن يكون المراد بالمزج هنا هو ما كان على وجه لايتميز أحدهما من الاخر ولعل هو الظاهر من لفظ المزج ، وحينئذ فباخراجه ما في أحد الكيسين وصبه على الاخر يضمن ذلك المخرج خاصة ، لتصرفه فيه ، ولا يضمن ما في الكيس المصبوب عليه مع تميزه ، لانه لم يتصرف فيه ان لم يكن مختوماً ، وفك ختمه ، فانه يضمن من حيث فك الختم ، وربما نقل عن بعض الاصحاب الضمان مطلقاً ، وان لم يكن مختوماً هذا كله اذا كان الكيسان للمودع ، كما هو المفروض أولا ، أما لو كان أحدهما للمستودع فانه لاضمان مع بقاء التمييز كما تقدم ، لان له نقل الوديعة من محل الى آخر ، وله تفريغ ملكه ، ولا يتعين عليه الحفظ فيما وضع فيه .

السابع ـ ماذكر من الضمان لو حمل الدابة أثقل أو أشق مما أذن له فيه ، ولا ريب في الضمان مع المخالفة واستعمالها في الاشق والاثقل ، لانه تعد محض وتفريط موجب لذلك .

قال في المسالك ـ بعد قول المصنف وكذا لو أمره باجارتها لحمل أخف فآجرها لاثقل ، ولاسهل فآجرها لاشق كالقطن والحديد ـ مالفظه : لا اشكال هنا في الضمان مع استعمال المستأجر لها في الاثقل ، وهل يتحقق بمجرد العقد ؟ يحتمل ذلك ، لتسليطه على الانتفاع والعدوان ، فيخرج عن كونه أميناً ، كما

يضمن بجحوده ، بل مجرد نيته على قول مع عدم فعل ما يوجب الضمان وعدمه كما لو نوى الخيانة أو التفريط ، أو قال : أنه يفعل ذلك ولم يفعل ، ولم أقف فى ذلك على شيء يعتد به ، انتهى .

أقول لاريب أن عقد الاجارة على هذا الوجه باطل ، لان المالك انما أذن له فى الاجارة بحمل الاخف وهو قدآجرها لحمل الاثقل والاشق وهوخلاف ما أذن له فيه ، فيكون باطلا ، ولا يبعد تحقق الضمان بذلك من حيث التصرف بهذا العقد الموجب لتسليط المستأجر على خلاف ما أمر به المالك .

على أن التمثيل لعدم الضمان بما لو نوى الخيانة أوالتفريط مع عدم الفعل محل اشكال أيضا ، فان العلامة فى التذكرة قد صرح هنا بالضمان كما تقدم نقله عنه فى المورد الاول ، وان كان فيه مافيه كما أشرنا اليه ثمة .

وبالجملة فالظاهر أن الاقرب بمقتضى قواعدهم هو القول بالضمان فى الصورة المذكورة ، ثم انه على تقدير المخالفة ووجوب الضمان فهل يضمن الجميع أو بالنسبة ؟ ظاهره فى المسالك الاول ، مع احتمال الثانى .

وجزم المحقق الاردبيلى بالاول من غير احتمال ، قال : لانه تعدّ ، فلو تلف يأخذ منه تمام القيمة ، لا أن يقسط على المأذون وغيره ، ووجه الاحتمال الذى ذكره فى المسالك هو فى صورة حمل الاثقل ، أن القدر المأذون فيه غير مضمون ، وانما تعدى بالزايد فيقسط التالف عليهما .

أقول : ما ذكره جيد بالنسبة الى الاثقل ، كما لو أذن له فى حمل وزن مخصوص أو كيل مخصوص لاثقل فيه ، فزاد على ذلك الوزن أو الكيل ماحصل به الثقل ، فانه لايبعد ما ذكره من التقسيط ، أما لو كان ما استأجر عليه أضر وأشق على الدابة فمجموع الحمل مغاير لما أذن به المالك ، فيتوجه النهى الى المجموع ، بخلاف الاول ، فانه انما يتوجه الى ما حصل به الثقل من الزيادة ، وهذا التفصيل بحسب الظاهر لابأس به على مقتضى قواعدهم .

وقال فى المسالك ـ بالنسبة الى تمثيل المصنّف بالقطن والحديد ـ والمراد

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

من الاشق في المثالين : أن الحديد أشق عند سكون الهوى ، والقطن أشق عند الهواء ، ومن ثم جمع بين المثالين .

الثامن – ماذكر من الضمان لو جعلها المالك في حرز مقفل ، ففتح القفل وأخذ بعضها ، الى آخر ما تقدم .

أقول قد تقدم أنه اذا دفع اليه كيساً مختوماً ففضه فانه يضمن الجميع بفض الختم ، وان لم يأخذ منه شيئاً ، فكذا هنا يضمن هنا بفك القفل . وان لم يأخذ شيئاً ، ففيما اذا أخذ بعضها بطريق أولى .

أما لو لم يكن في حرز أوكانت ولكن الحرز للودعي ، فانه يضمن ما أخذه خاصة ، لانه لم يحصل منه تعد الا فيما أخذه .

وأما لو كان الكيس للودعي وشده بأمر المالك فهو بمنزلة شد المالك فيضمن بفتحه كما ذكروه .

قال في المسالك : ولا فرق في ضمان المأخوذ بين أن يصرفه في حاجته وعدمه عندنا ، لان الاخراج على هذا القصد خيانة ، وعلى هذا فلو نوى التصرف في الوديعة عند أخذها بحيث أخذها على هذا القصد كانت مضمونة عليه مطلقاً ، لانه لم يقبضها على وجه الامانة ، بل على سبيل الخيانة .

وفي تأثير النية في استدامة الاخذ كما تؤثر ابتداءً وجهان : من ثبوت اليد في الموضعين ــ مقترناً بالنية الموجبة للضمان ــ ومن أنه لم يحدث فعلا مع قصد الخيانة ، والشك في تأثير مجرد القصد في الضمان ، وتردد في التذكرة .

ويتحقق ذلك في صور : منها ــ أن ينوي الاخذ ولم يأخذ : والاستعمال ولم يستعمل ، وأن لايرد الوديعة بعد طلب المالك ، ولم يتلفظ بالجحود وغير ذلك ، وقد جزم المصنّف (رحمه‌الله) في ما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لايضمن بمجرد النية ، انتهى .

أقول : فيه أن ماذكروه من الضمان بمجرد النية في المواضع المذكورة

مبني على وجوب نية قصد الايتمان في قبض الوديعة ، والا كان خائناً يترتب على قبضه الضمان ، وهو مشكل لعدم الدليل عليه ، وصدق الخائن عليه بمجرد هذه النية ممنوع ، اذ الظاهر أن الاتصاف بالخيانة لغة وشرعاً وعرفاً انما يتحقق بالتعدى والتصرف ، لابمجرد النية ، والا لصدق على الانسان كونه زانياً بمجرد نية الزنا ، و سارقاً بمجرد نية السرقة ، وهكذا ولا يقوله أحد ، ولهذا ان الله تعالى لايأخذ بمجرد النية والقصد ، وانما يؤاخذ بالفعل والتصرف في جميع أفراد المعاصي من خيانة وغيرها .

وبالجملة فاني لا أعرف لكلامهم هنا وجهاً وجيهاً ، بل الظاهر خلافه كما عرفت وما نقله عن التذكرة من التردد قد تقدم ذكره في المورد الاول ، وقد أشرنا في رده الى ما ذكرناه هنا على أن ما ذكروه أيضاً من الضمان للجميع بمجرد فتح القفل وفض الختم لايخلو من المناقشة ، لعدم الدليل على ذلك ، والاصل برائة الذمة ، والتصرف هنا حقيقة أنما وقع في القفل والختم ، والى ما ذكرناه يميل كلام المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد أيضا .

قال في التذكرة : وان كان الصندوق مقفلا والكيس مختوماً ، ففتح القفل وفض الختم ولم يأخذ مافيه فالاقوى الضمان لمافيه من الثياب والدراهم ، وهو أصح وجهي الشافعية ، لانه هتك الحرز ، والثاني للشافعية أنه لا يضمن ما في الصندوق والكيس ، بل يضمن الختم الذى تصرف فيه ، وبه قال أبوحنيفة ، انتهى .

قال المحقق الاردبيلي ــ بعد نقل هذا الكلام بحذافيره ــ : هذا أولى لما مر غير مرة من الاصل وعدم تصرف وتقصير في الحفظ وغير ثابت كون هتك الحرز موجباً للضمان ، ولابد له من دليل فتأمل ، انتهى وهو جيد .

تذنيب :

قد تقدم في صدر هذا الكلام أنه لو أخذ البعض ضمن ما أخذ خاصة في صورة ما اذا كان الحرز من المستودع أو لم يكن في حرز ، بقي الكلام في أنه

لو أعـاد ما أخذه الى موضعه أو أعـاد بدله ، فأ ما على الاول فان ظاهرهم بقـاء الضمان ، وأنه لايزول باعادته لان يده عليه صارت يد خيانة ، لايخرج عنها الا بما تقدم من ايداع المالك له مرة ثانية ، كما في كل تفريط وتعد ، وسيأتي تحقيقه ان شاء الله .

ولا فرق في ذلك بين أن يمزجه بغير المضمون مزجاً لايتميز عنه ، أم لا ، لان الجميع مال المالك ، غايته أنه قدصار بعضه مضموناً وبعضه غير مضمون ، وأن هذا الاختلاط كان حاصلا قبل الاخذ .

قال في التذكرة ـ بعد فرض المسئلة في ايداع كيس فيه عشرة دراهم ـ وان لم يكن الكيس مشدوداً ولامختوماً فأخرج منه درهماً لنفسه ضمنه خاصة ، لانه لم يتعد في غيره ، فان رده لم يزل عنه الضمان ، فان لم يختلـط بالباقي لم يضمن الباقي ، لانه لم يتصرف فيه ، وكذا ان اختلط وكان متميزاً لم يلتبس بغيره وان امتزج بالباقي مزجاً يرتفع معه الامتياز فالوجه أنه كذلك لايضمن الباقي ، بل الدرهم خاصة ، لان هذا المزج كان حاصلا قبل الاخذ وهو أصح قولي الشافعية والثاني عليه ضمان الباقي لخلطه المضمون بغير المضمون ، فعلى ما اخترناه لو تلفت العشرة لم يلزمه الا درهم واحد ولو تلف منها خمسة لم يلزمه الا نصف درهم ، انتهى .

وأما على الثاني فانه لايبرىء أيضاً باعادة البدل ، فانه اذا كان الضمان باقياً باعادة ما أخذه ففي بدله بطريق أولى ، لانه لم يتعين ملكا للمالك ، اذ لا يحصل الملك الا بقبضه أو قبض وكيله والمستودع ليس وكيلا في تعيين العوض ، وانما هو وكيل في الحفظ ، وحينئذ فلايخلو اما أن يكون المردود متميزاً عن الباقي بحيث لم يخلط به ، أو كان فيه علامة من سكة أو غيرها توجب الامتياز ، فانه لايضمن سواء ذلك ، ولايضمن الباقي ، أولا يكون متميزاً بل مزجه بتلك الدراهم مزجاً لايتميز منها ، فان ظاهرهم وجوب ضمان الجميع ، لما تقدم من أن مزج الوديعة بماله من موجبات الضمان للجميـع والله العالـم

البحث الثالث في اللواحق :

وفيه مسائل : **الاولى** - حيث أن الوديعة من العقود الجايزة بناء على أنه عقد ، فانه يجوز فسخها أى وقت شاء المستودع ، وبطريق الاولى لو كانت اذناً خاصة ، الا أنه لايجوز تسليمها الا الى المالك أو وكيله ، ومع تعذرهما فالى الحاكم الشرعى ،ومع تعذره فيدفعها الى ثقة ، ولاضمان مع عمله بهذا الترتيب فلو خالف و دفع الى الحاكم مع امكان الدفع الى المالك أو وكيله أو دفع الى الثقة مع امكان الدفع الى الحاكم ضمن عند الاصحاب من غير خلاف يعرف .

بقى الكلام في أن الظاهر أن جواز الرد فى أى وقت شاء انما يتم بالنسبة الى الرد على المالك أو وكيله ، أما الرد على الحاكم أو الثقة فانما يجوز مع العذر المانع من الايتمان ، كخوف تلف الامانة فى يده بحرق أو سرق أو اضطراره الى السفر ونحو ذلك من الاسباب المانعة من بقاءها أمانة فى يده ، وان لم يكن له عذر لم يجز الدفع الى الحاكم ولا الثقة مع عدمه لانه وان جاز له فسخ عقد الوديعة متى شاء ، لانه عقد جائز الا أنه بقبول الوديعة قد التزم حفظها الى أن يردها على مالكها ، فلا يبرئ الا بالدفع الى المالك ، ولا عذر هنا يجوز له الخروج به عن ذلك من ضرورة تعرض له أو للوديعة كما تقدم .

وربما نقل عن بعضهم أنه أجاز دفعها الى الحاكم عند تعذر المالك مطلقا ، لانه بمنزلة وكيله ، قال فى المسالك : وليس بذلك البعيد .

وقال فى المسالك أيضا : ثم انّه على تقدير جواز دفعها الى الحاكم هل يجب عليه القبول ؟ كما اذا كان له عذر ولم يجد المالك ولا وكيله وجهان : من أنه نائب عن الغائب حينئذ ، وأنه منصوب للمصالح ولو لم يجب عليه القبض فاتت المصلحة المطلوبة من نصبه ، ومن أصالة البرائة ، و الاقوى الاول ، والوجهان آتيان فى ما لو حمل اليه المديون الدين مع غيبة المدين ، والغاصب المغصوب أو بدله مع تلفه ، وغير ذلك من الامانات التى يليها الحاكم ، انتهى .

اياها ثانيا فانه يعود أمينا اجماعاً ، ويبرء من الضمان ، انتهى .

وأما لولم يردها ولكن جدد له المالك الايداع بأن أذن له في الحفظ فقال : أذنت لك في حفظها أو قال : أودعتكها أو استأمنتك عليها فظاهر الاكثر أنه كالاول .

و علل بأن الضمان انما كان بحق المالك ، وقد رضي بسقوطه باحداثه ما يقتضي الامانة ، وهو اختياره في التذكرة ، حيث قال : لولم يسلمها الى المالك لكن أحدث المالك له استيماناً فقال : أذنت لك في حفظها أو أودعتكها أو استأمنتك أوبرء تك من الضمان فالاقرب سقوط الضمان عنه ، وعوده أميناً لان التضمين حق المالك ، وقد رضي بسقوطه ، وهو أصح قولي الشافعي .

والثاني أنه لايزول الضمان ولا يعود أميناً لظاهر قوله (عليه السلام) (١) « على اليدما أخذت حتى تؤدى » انتهى ، وظاهره في المسالك التوقف في هذا المقام ، قال : و يمكن بناء ذلك على أن الغاصب اذا استودع هل يزول الضمان عنه أم لا ؟ فان المستودع هنا قد صار بتعديه بمنزلته ، والمسئلة موضع اشكال ـ اذ لامنافاة بين الوديعة والضمان كما في الفرض المذكور ، فلا يزول الضمان السابق بتجدد ما لاينافيه ، مع عموم قوله (صلى الله عليه وآله) على اليد ماأخذت حتى تؤدى » (٢) ـ ومن أنه قد أقام يده مقام يده ، وجعله وكيلا في حفظها ، وذلك يقتضي رفع الضمان ، وقد سلف البحث في نظائرها في مواضع ، كالرهن والقراض والاقوى هنا زوال الضمان ، لان المستودع نائب عن المالك في الحفظ ، فكانت يده كيده ، وقبضه لمصلحته ، فكان المال في يده بمنزلة ماكان في يد المالك ، بخلاف الرهن ، انتهى .

ومرجع الوجه الثاني الى ثبوت المنافاة بين الوديعة والضمان الذي معه أولا وهو الاظهر ولهذا رجع به في آخر كلامه عن الاستشكال الذي ذكره أولا .

وظاهر عبارة التذكرة المتقدمة أن الابراء من الضمان في حكم الا لفاظ

---

(١) و (٢) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ ح ١٢ .

المذكورة في تجدد الوديعة ، لما علله بـه من أن التضمين حق للمالك ، و قـد رضي بسقوطه ، و ربما أشكل بأن معنى الضمان أن العين لـو تلفت وجب عليه بدلها ، والحال أنها الان لم تتلف ، فتكون البرائة من الضمان ابراء مما لم يجب .

ورد بأن الضمان المسبب عن التعدى معناه جعل ذمة الودعى متعلقة بالمال على وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه ، ولزوم البدل ثمرة الضمان وفائدته ، لانفسه ، والساقط بالابراء هو الاول لا الثاني .

ويـدل على أن المراد من الضمان هو المعنى الاول أنهم يحكمون عليه بمجرد العدوان ، فيقولون صار ضامنا ، ولو فعل كذا ضمن ونحو ذلك ، مع أن لزوم البدل لـم يحصل بذلك ، وانما حصل قبول ذمته لـه ، و هذا معنى زوالـه بالبرائة ، بل هو متعلق البرائة .

الثالثةــ اذا أنكر الوديعة أو أقربها ولكن ادعى التلف أوادعى الـرد ولا بينة فهيهنا مقامات ثلاثة .

الاول ــ الانكار ، والظاهر أنه لاخلاف ولا اشكال في قبـول قوله فيه ، لانه منكر ، والاصل عدمها من غير معارض .

الثاني : دعوى التلف ، والمشهـور قبول قولـه فيه بيمينه و ان كان مدعياً ومخالفا للاصل ، لانه أمين فيقبل قوله على من ائتمنه ، بل ظاهر التذكرة دعوى الاجماع على ذلك ، قال : اذا طلب المالك من المستودع الـرد فأدعى التلف ، فالقول قـوله مع اليمين عند علمائنا ، سواء ادعى التلف بسبب ظاهـر ، أوخفي . لانه أمين في كل حال ، فكان القول قوله في كل حال هو أمين فيها ، انتهى .

وظاهر الاصحاب أنـه لافرق في الحكم المذكور بين دعواه التلف بسبب ظاهر كالحرق والغرق ، أوخفي كالسرق ، لاشتراكهما في المعنى ، وقد عرفت من ظاهر العلامة دعوى الاجماع على ذلك .

وظاهر الشيخ في المبسوط الفرق بين ذلك ، فقال : بقبول قوله في الثاني ،

دون الاول ، حيث قال بعد كلام في المقام ـ : وجملته أن كل موضع يدعي الحرق والنهب والغرق فانه لايقبل قوله الا بالبينة ، وكل موضع يدعي السرقة والغصب أو يقول : تلف في يده ، فان القول قوله مع يمينه بلا بينة ، والفرق أن الحرق والغرق لايخفى ، ويمكن اقامة البينة عليه ، بخلاف السرقة ، انتهى .

وظاهر العلامة في التذكرة القبول مع الاطلاق ، وعدم تعيين السبب الموجب للتلف ، كما يشير اليه كلام الشيخ المذكور أيضاً ، حيث خص عدم القبول بدعوى السبب الظاهر ، وعد دعوى التلف مطلقا فيما يقبل قوله .

ثم ان ظاهر الاكثر قبول قوله مع اليمين لا بدونها ، وقد سمعت من عبارة التذكرة دعوى الاجماع عليه ، مع أن الصدوق في المقنع قال : يقبل دعوى التلف والضياع بلا يمين .

قال : « وسئل الصادق (عليه السلام) عن المودع اذا كان غير ثقة هل يقبل قوله ؟ قال : نعم ولايمين عليه » (١) قال : وروى في حديث آخر (٢) أنه قال : « لم يخنك الامين ولكنك ائتمنت الخائن ».وقال في كتاب من لايحضره الفقيه (٣) مضى مشايخنا(رضي الله عنهم)على أن قول المودع مقبول،فانه مؤتمن ولايمين عليه

وقال الشيخ في النهاية ولايمين على المودع ، بل قوله مقبول ، فان ادعى المستودع أن المودع قد فرط أوضيع كان عليه البينة ، فان لم يكن معه بينة كان على المودع اليمين .

وقال ابن الجنيد واذا قال : قد ضاعت أو تلفت فالقول قوله ، فان اتهم أحلف ، وكذا قال : أبوالصلاح .

أقول : كلامهما يرجع الى ماذكره في النهاية ، والمشهور بين المتأخرين اليمين مطلقا ، قال في المختلف : والاشهر التسوية بين الحكمين في وجوب

(١) و (٢) و (٣) الفقيه ج ٣ ص ١٩٥ ح ٧ ص ١٩٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٧ و ٨ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

اليمين ، لان قول المودع أنها سرقت أو ضاعت دعوى ، فلابد فيها من اليمين ولم يوجب البينة ، لانه أمين ، انتهى .

وحينئذ فالاقوال فى المسئلة أربعة ، ولم أقف على حديث ظاهر فى اليمين فى هذا المقام ، وغاية ما استدل به العلامة فى المختلف لذلك حسنة الحلبى(١) عن الصادق (عليه السلام) « قال صاحب الوديعة والبضاعــة مؤتمنان » وأنت خبير بما فيه ، بل ربما كان بالدلالة على خلاف ما ادعاه أنسب ، فان مقتضى كونه أميناً أن يقبل قوله من غير يمين ، كما هو ظاهر جملة من الاخبار ، منها الخبر المتقدم نقله عن المقنع ، مع فرض كون الودعى غير ثقة ، وهو أبلغ فى الدلالة .

ومنها مارواه فى الكافى عن مسعدة بن صدقة (٢) عن أبى عبدالله (عليه السلام) « قال : ليس لك أن تتهم من ائتمنته ، ولا تأمن الخائن وقد جربته » .

ومارواه فى قرب الاسناد عن مسعدة بن صدقة (٣) عن أبى عبدالله (عليه السلام) « قال : ليس لك أن تأتمن من خانك لاتتهم من ائتمنت » .

وعن مسعدة بن زياد (٤) « عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال : ليس لك أن تتهم من ائتمنته ، ولا تأمن الخائن وقد جربته » .

والتقريب فى هذه الاخبار أن منشأ اليمين انما هو الاتهام له ، وعدم تصديقه ، وقد نهوا عن اتهامه ، فلاوجه لليمين حينئذ بل يجب تصديقه وقبول قوله من غير يمين ففى هذه الاخبار رد أيضاً على الشيخ ومن قال بقوله من أن له احلافه مع تهمته فان هذه الاخبار نهت عن اتهامه ويؤيد هذه الاخبار أيضاً الاخبار الدالة على أنــه لم يخنك الامين ، ولكن ائتمنت الخائن ، فانها ظاهرة فى أنه لايجوز له أن يخونه ، وينسبه الى الخيانة بعد اعتقاد كونه أميناً ، وايداعه لذلك .

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٩٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٧ ح ١ .

(٢) الكافى ج ٥ ص ٢٩٨ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٩ ح ٩ .

(٣) و (٤) الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٩ ح ٩ و ١٠ الباب ٤ من أبواب أحكام الوديعة الرقم ٩ و ١٠ قرب الاسناد ص ٣٥ .

ومنها ما رواه في الفقيه مرسلا (١) «قال : و روى أن رجلا قال للصادق (عليه السلام) اني ائتمنت رجلا على مال أودعته عنده فخانني وأنكر مالي ، فقال : لم يخنك الامين ولكن ائتمنت أنت الخائن » و رواه الشيخ أيضاً (٢) مرسلا .

وهو ظاهر فيما قلناه ، وبه يظهر لك قوة قول الصدوق في المسئلة ، ويمكن حمل كلام الشيخ وابن الجنيد وأبي الصلاح على ائتمان من يتهمه ، بمعنى أنه لايعتقد أمانته وقت الايداع ، بل يجوز الخيانة عليه كما يدل عليه بعض الاخبار الواردة في تضمين القصار ونحوه .

أقول : ويؤيد ما قلناه هنا ما سيأتي انشاء الله من الاخبار في كتاب العارية ، وما ذكرناه غير خاص بالوديعة ، بل كل موضع ثبت كونه أمانة من عارية ، أومضاربة ، أو وكالة أو نحوها ، كما سيأتي تحقيقه ـ انشاء الله تعالى ـ في كتاب العارية .

الثالث ـ مالو ادعى الرد على المالك ، وفيه اشكال من حيث أن الاصل عدم الرد و عدم البينة على المدعى ، و من حيث أنه أمين و محسن و قابض لمصلحة المالك ، والمشهور قبول قوله بيمينه .

قال في التذكرة « فان ادعى ردها على من ائتمنه وهو المالك فدم قوله باليمين ، على اشكال ينشأ ـ من أنه أمين يقبل قوله مع اليمين كالمتلف ومن كونه مدعياً فافتقر الى البينة ، و ظاهره التوقف في الحكم ، وبقائه على الاستشكال لعدم الترجيح بشيء من الدليلين على الاخر .

و كذلك شيخنا الشهيد الثاني في المسالك حيث جرى على ماجرى عليه في التذكرة ، ونحوه الشهيد في شرح نكت الارشاد حيث اقتصر على مجرد نقل وجهي الاشكال المذكور وهو في محله .

ولوادعى الرد الى وكيل المالك فظاهرهم أنه كدعوى الرد على المالك ،

---

(١) و (٢) الفقيه ج ٣ ص ١٩٥ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨١ ح ٩ الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٦ .

لان يده كيده ، ولو ادعى الرد على الوارث فعليه البينة ، لخروج هذا الفرد عما نحن فيه ، لان الوارث لم يأتمنه ، فلا يكلف تصديقه ، والاصل عدم الرد .

الرابعة ــ قد عرفت الحكم فيما لو ادعى الودعى رد الوديعة على المالك أو وكيله أو وارثه بقى الكلام هنا في ما لو ادعى الرد على غير من ذكر لكن باذن المالك ، ولا يخلو الحال هنا ، اما أن يوافق المالك على دعوى الاذن ، أو ينكر ذلك ، فهنا مقامان : **الاول** ــ أن يوافق المالك على ذلك ، ولكن المدفوع اليه ينكر ذلك ، والدافع لم يشهد عليه ، وقد اختلف كلامهم فى هذا المقام ، ومثله مالو أمره بقضاء دينه فقضاه عنه ، ولم يشهد على الدفع ، مع انكار المدفوع اليه ، والاقوال هنا ثلاثة : فقيل : يضمن الدافع في الموضعين ، وقيل : لا يضمن فيهما وقيل : بالتفصيل ، فيضمن فى القرض ، ولا يضمن فى الوديعة .

قال في المختلف : اذا أمره بالايداع فلم يشهد عليه قوى الشيخ عدم الضمان ، ولو أمره بقضاء الدين قال : يضمن بترك الاشهاد وان صدقه عليه ، فانه فرط حيث دفع دفعاً غير مبرى ، ولو قيل بالتسوية في الموضعين فى عدم الضمان كان وجهاً ، لانه امتثل ما أمره بــه ، وجحود القابض لا يوجب الضمان على الدافع ، والبرائة فى نفس الامر قد وقعت ، انتهى .

مع أنــه في التذكرة قوى مذهب الشيخ ، ومنع ما اختاره هنا ، فقال : لو أمره بالايداع لمادفعه اليه ابتداء فالاقرب أنه لا يجب على المدفوع اليه الاشهاد على الايداع ، بخلاف قضاء الدين ، لان الوديعة أمانة ، وقول المستودع مقبول فى الــرد والتلف ، فلا معنى للاشهاد ، ولان الوديعــة حقها الاخفاء بخلاف قضاء الدين وهو أظهر وجهى الشافعية .

والثانى أنه يلزمه الاشهاد كقضاء الدين ، وقد بينا الفرق ، انتهى .

ثــم قال ــ فى المسئلة التى هى محل البحث ــ : ولو اعترف المالك بالاذن والدفع معاً لكنه قال : انك لــم تشهد عليه ، والمدفوع اليه ، ينكر ، كان مبنياً

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

على الخلاف السابق ، في وجوب الاشهاد على الايداع ، فان أوجبناه ضمن ، والا فلا ، ومن هذا الكلام علم القول الثاني ، والثالث ، وحجة كل منهما .

وأما القول الاول فنقله في المسالك قولا في المسئلة ، ولم يسنده ، وعلله بأنه يضمن فيهما ، لان اطلاق الاذن يقتضي دفعاً ثابتا يمكن الرجوع اليه عند الحاجة ، فاذا ترك الاشهاد فقد قصر ، خصوصاً الدين ، فان الغرض منه برائة الذمة ، ولايظهر الا بالاشهاد ، لان الغريم اذا أنكر فالقول قوله .

والمحقق في الشرايع اختار في كتاب الوديعة عدم وجوب الاشهاد على أداء الوديعة ، وفي كتاب الوكالة قال بالتفصيل على تردد ، وظاهره في المسالك اختيار القول بالتفصيل ، حيث أنه استحسنه من بين الاقوال المذكورة ، والمسئلة عندي محل توقف واشكال ، لعدم الدليل من النصوص ، وتدافع هذه التعليلات ، مع ما عرفت في غير موضع من أنها لاتصلح لتأسيس الاحكام الشرعية والله العالم .

الثاني ـ أن ينكر المالك الاذن وحينئذ فالقول قوله بيمينه ، اذا لم يكن بينة ، لانه منكر ، ويكون الحكم فيه كدعوى الرد على الوارث ، لان المدفوع اليه لم يأتمنه ليقبل قوله عليه ، وليس بوكيل لتكون يده كيد الموكل .

و بالجملة فالظاهر أن المسئلة المذكورة من جزئيات مسئلة المدعي والمنكر بوجب البينة على المدعي ، واليمين على المنكر .

واحتمل بعض المحققين كون القول قول المستودع بيمينه ، نظراً الى ما تقدم من أنه أمين ، والظاهر ضعفه ، لان القدر المقطوع به من الاخبار وكلام الاصحاب اختصاص ذلك بغير ماذكرناه من دعوى التلف بأي أنواعه ، أو الرد على المالك أو وكيله .

بقي الكلام في أنه متى حلف المالك فلا يخلو اما أن يكون من ادعى عليه القبض مقراً بذلك ، أو منكرا ، و على تقدير الاول اما أن يكون موجودة أو تلفت ، فهيهنا صور ثلاثة : أحدها ـ أن يقر بالقبض والعين موجودة ، ولا

اشكال في وجوب ردها الى المالك ، قال في التذكرة : فان غاب المدفوع اليه في هذه الصورة كان للمالك أن يغرم المستودع ، فاذا قدم الغائب أخذها المستودع وردها على المالك ، واسترد البدل الذى دفعه ، وهو ظاهر في التخيير بين الرجوع على الودعي والصبر الى قدوم الغائب ، الا أنه مع الرجوع على الودعي فالحكم ماذكره .

الثانية ــ الصورة المذكورة مع تلف العين ، والحكم عندهم أنه يتخير المالك في الرجوع على من شاء منهما ، وليس للغارم منهما أن يرجع على صاحبه ، لزعمه أن المالك ظالم له في أخذ البدل منه ، فلا يرجع به على غير من ظلمه .

الثالثة ــ أن ينكر القبض الذى ادعاه المستودع ، وحينئذ فالقول قوله بيمينه مع عدم البينة ، فيختص الغرم بالمستودع .

الخامسة ــ اختلف الاصحاب فيما لو أنكر الوديعة فأقام المالك البينة عليها فصدقها بعد الانكار الا أنه ادعى التلف قبل انكاره ، فقيل : لايسمع دعواه التلف ، لانه بانكاره السابق مكذب لدعواه الاخيرة فلاتسمع لتناقض كلاميه ، ولايتوجه بها يمين عليه ولا على المدعى عليه ، ولو أقام بينة أيضاً فانها لاتسمع بينته ، لانه مكذب لها ونقل هذا القول في المختلف عن الشيخ ، وأيده بعضهم بأنه بانكاره الوديعة يصير خائنا ، فخرج عن الامانة وصار ضامنا .

وقيل : أنه اذا قال المودع : ما أودعتني شيئا ثم اعترف بالوديعة وادعى هلاكها لم يضمن اذا حلف ، لان انكاره يجوز أن يكون عن سهو ونسيان لها ، ونقله في المختلف عن ابن الجنيد ، وهو ظاهر في قبول قوله مع عدم البينة .

وذهب العلامة في المختلف الى ماقدمنا نقله عن الشيخ من أنه لاتسمع دعواه و ان أقام بينة ، لانه مكذب لدعواه الهلاك بانكاره الوديعة ، الا أنه قال : لو طلب احلاف الغريم فله ذلك ، وفيه كما ترى دلالة على نوع من سماع دعواه ، فان ظاهر مذهب الشيخ أنه يجب عليه الضمان مطلقا .

وقيل : أنه تسمع دعواه ، و تقبل بينته ، لجواز استناد جحوده الى النسيان فيعذر وهواختيار المحقق في الشرايع ، والعلامة في التذكرة ، على مانقله عنه في المسالك ، وهذا القول يرجع الى ماقدمنا نقله عن ابن الجنيد .

وفي القواعد اختار القول الاول وقد تبين من ذلك أن في المسئلة أقوالا ثلاثة ، وكلها للعلامة في كتبه المذكورة ، وفي المسئلة أيضاً قول رابع نقله في المسالك عن الشهيد (رحمه الله) واستحسنه ، وهوأنه ان أظهر لانكاره تأويلا كقوله ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها أو ضمانها أو نحو ذلك ، قبلت دعواه ، وسمعت بينته ، وان لم يظهر له تأويلا لم يقبل .

أقول : ويؤيد هذا القول مايظهر من المسالك من أن محل الخلاف في المسئلة ما اذا كان الجحود بانكار أصل الايداع ، أما لو كانت صورته لايلزمني شيء اليك أونحو ذلك من الالفاظ المذكورة في هذا القول فقامت البينة بها ، فادعى التلف أوالرد سمعت دعواه ببينته ، لعدم التناقض بين كلاميه .

قال في القواعد : وان أقيمت عليه البينة فادعى الرد أو التلف من قبل ، فان كان صيغة جحوده انكار أصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولامعها على الاقوى لتناقض كلاميه ، وان كان صيغة الجحود لايلزمه شيء قبل قوله في الرد والتلف مع البينة بدونها في الاخير ، وفي الاول على رأى .

أقول : قوله على الاقوى اشارة الى ماقدمنا نقله عنه من اختياره القول الاول ، وقوله وفي الاول على رأى ، يعني الرد ، اشارة الى الاشكال المتقدم ذكره فيما لوادعى الرد .

اذاعرفت ذلك فاعلم أن عندي في عده في المسالك ما نقله عن الشهيد من التفصيل قولا رابعاً نظرا ، بل الظاهر أنه يرجع الى القول الاول . وذلك فان الظاهر من كلامه كما قدمنا الاشارة اليه أن محل الخلاف انما هو فيما اذا كان الجحود بانكار أصل الايداع حيث قال بعد نقل الاقوال الاربعة : هذا كله اذا كان الجحود بانكار

أصل الايداع ، أما لوكان صورته مايلزمني شيء أولا يلزمني تسليم شيء اليك أو مالك عندي وديعة أوليس لك عندي شيء فقامت البينة بها فادعى التلف أوالرد سمعت دعواه وبينته ، لعدم التناقض بين كلاميه ، انتهى .

ومرجع هذا الكلام الى ماذكرناه من أن محل الخلاف والاقوال الاربعة التي قدمنا ها قبل هذا الكلام انماهو في صورة الجحود بانكار أصل الايداع ، والقول الذى نقله رابعاً ظاهر في أنه مع الجحود بهذه الكيفية ، حيث لايقبل قوله التأويل لايقبل قوله ، وأما اذا كان جحوده لا بهذه الكيفية بل بهذه الالفاظ التي يقبل التأويل فانه وان كان يقبل ، الا أنه خارج عن محل البحث ، والخلاف في المسئلة كما ذكره في كلامه الاخير وبالجملة فبالتأمل في كلامه يظهر صحة ماقلناه .

قال في المسالك : وحيث قلنا بقبول بينته ان شهدت بتلفها قبل الجحود برء من الضمان وان شهدت بتلفها بعده ضمن لخيانته بالجحود ، ومنع المالك منها وهو جيد ، والله العالم .

السادسة ــ المشهور بين الاصحاب على مانقله في المسالك أنه اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها فانها تخرج من أصل تركته ، ولو كان له غرماء وضاقت التركة حاصهم المستودع ، وعلل بأن اعترافه بالوديعة في حياته أوجب ثبوت يده عليها ، والتزامه بها الى أن يردها الى مالكها ، فاذا لم تعلم كان ضامناً لها ، لعموم (١) « على اليد ما أخذت حتى تؤدى » ولانه بترك تعيينها مفرط فيها ، فيضمن ، ولان الاصل بقاء ها في يده الى الموت وبعده يكون في جملة التركة ، فاذا تعذر الوصول الى عينها ، وجب البدل فيكون بمنزلة الدين ، فيحاص الغرماء وتردد في هذه المسئلة المحقق في الشرايع ، واستشكل فيها العلامة في القواعد والارشاد ، ومنشأ التردد والاستشكال مما ذكر ، ومن أن اعترافه بها في حياته انما يقتضي وجوب الحفظ ، والا فذمته بريئة من ضمانها فاذا مات ولم تعلم ، احتمل

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ ح ١٢ .

تلفها قبل الموت بغير تفريط ، أو ردها الى المالك ، و الاصل برائة ذمته من الضمان ، وكون التلف على خلاف الاصل معارض بهذا الاصل ، وليسا متنافيين حتى يقال : أنهما تعارضا فتسا قطا ، اذ لايلزم من بقاءها وعدم تلفها تعلقها بالذمة ليلزم الضمان كما ادعوه .

قال ـ شيخنا الشهيد (رحمه الله) في شرح نكت الارشاد بعد قول المصنف (ولومات ولم يوجد أخذت من التركة على اشكال) ـ : مالفظه منشأ النظر الى اصالة برائة الذمة من الضمان ، فينزل على تلفها بغير تفريط ، اذا لاصل عدمه ، والالتفات الى قوله (١) (صلى الله عليه وآله) « على اليد ما أخذت » ، و لاصالة عدم التلف بها ، انتهى .

وأنت خبير بأنه بالنظر الى الجمود على أمثال هذه التعليلات هو عدم الضمان ، لان الوديعة من حيث هي لاتعلق لها بالذمة الامن حيث أسباب التعدى أو التفريط المتقدمة ، والمفروض أنه لاشيء منها ، وغاية مايجب على الودعي الحفظ لها خاصة ، ومجرد عدم وجودها بينها بعد الموت لايستلزم تفريطاً ولاتعدياً ليحصل به الضمان ، فأصالة عدم الضمان ظاهرة ، وان فرض احتمال بقاءها واحتمال الرد الى المالك ، والتلف بغير تفريط قائم في العين ، وحديث (٢) « على اليد ما أخذت » يمكن تخصيصه بالامانات ، بمعنى خروج الامانات من عمومه ، وليس هنا ما يوجب الخروج عن كونها أمانة من تفريط أو تعد يوجب الضمان والتعلق بالذمة ، حتى يقال : ان عليها ما أخذت .

وبه يظهر وجه ما استظهرناه ، ومن ثم قال في المسالك ـ بعد الكلام في المسئلة ـ والاقوى انه ان علم بقاء عينها الى ما بعد الموت ولم تتميز قدم مالكها على الغرماء ، وكان بمنزلة الشريك ، وان علم تلفها بتفريط فهو أسوة الغرماء ، والا فلاضمان أصلا ، لاصالة برائة الذمة ، وأصالة بقائها الى الان لوسلمت لاتقتضي

---

(١) و (٢) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ ح ١٢ .

تعلقها بالذمة ، انتهى وهو جيد .

ثم ان ماذكرناه من عدم الضمان هنا هو ظاهر اختيار العلامة في التذكرة حيث قال : قدبينا الخلاف فيما اذاكان عنده وديعة ، ولم توجد في تركته ، وان الذي يقتضيه النظر عدم الضمان ، والذي عليه فتوى أكثر العلماء منا ومن الشافعية أن عليه الضمان ، ثم نقل عن الشافعي أنها اذا لم توجد بعينها حاص المالك الغرماء ، ونقل اختلاف أصحابه في هذه المسألة .

وكيف كان فالمسألة المذكورة لخلوها عن النص الواضح غير خالية من الاشكال ، وان كان ما ذكرناه لا يخلو من قرب بالنظر الى هذه التعليلات والله العالم .

السابعة ــ لو كان في يده وديعة فادعاها اثنان ، بأن ادعى كل واحد أنها له بخصوصه ، فاما أن يقربها الودعى لاحدهما ، أو يقر لهما ، أو يكذبهما ، أو يقول : لاأدرى لايكما هي مع قطعه باتحصارها فيهما ، أو يقول : لاأدرى لمن هي لكما أو لغيركما ، فهنا صور : الاولى أن يقربها لواحد منهما خاصة وقد صرح الاصحاب بأنها يحكم بها لمن أقر له بها ، ويجب دفعها اليه ، ويجب على الودعى أن يحلف للاخر . فان حلف سقطت دعوى الاخر عنه ، وبقي النزاع بين المدعين ، ولمن لم يقر له الودعى احلاف صاحبه الذى أقر له الودعى ، ودفع اليه الوديعة ، فان حلف استقر الملك له . وان نكل الودعى عن اليمين للاخر أحلف ذلك للاخر على استحقاقها ان لم نقل بأنه يقضى عليه بالنكول ، وعلى كل من الوجهين فانه يغرم الودعى حينئذ لذلك الاخر المثل أو القيمة لحيلولته بينه وبين الوديعة باقراره للاول ، أما في صورة القضاء بالنكول فظاهر ، وأما في صورة حلف الاخر فلان اليمين المردودة عندهم بمنزلة اقرار المنكر ، فانه لو أقربها ثانياً للاخر بعد أن أقربها أولا للاول ، لزمه الغرم مثلا أو قيمة ، وكذا ماهو بمنزلة الاقرار .

وربما قيل : بأن اليمين المردودة كالبينة من المدعى ، وحينئذ فكما

يحتمل ـ أن يكون الحكم فيها ماتقدم في تنزيل اليمين بمنزلة الاقرار من تغريم الودعي مع بقاء العين في يد الاول ـ يحتمل أن تنزع العين من يد الاول ، لان مقتضى العمل بالبينة كون العين لمن شهدت له .

ورد بأنها انما تكون كالبينة بالنسبة الى المتداعيين خاصة ، لافي حق غير هما وهذه العين قدصارت حقاً للاول ، والنزاع هنا انما هو بين الودعي وبين الاخر وكونها كالبينة في حق المدعي عليه ، يقتضي غرمه له للحيلولة بينه وبينها باقراره للاول ، قالوا : واليمين منهما هنا على البت ، لانها ترجع الى الاستحقاق ونفيه .

الثانية ـ أن يقر لهما معاً على سبيل الاشتراك ، وفيه تكذيب لدعوى كل الاستقلال بالاستحقاق ، فقد كذب كل واحد منهما في دعواه الجميع وصدقه في البعض ، وحينئذ فيقسم بينهما ، ويبقى النزاع بينهما في النصف ، فان حلفامعاً أو نكلا قسم بينهما أيضا ، وان حلف أحدهما خاصة قضى له به ، ولا خصومة للناكل مع الودعي .

وبالجملة فانه يكون بمنزلة مال في يد شخصين يدعيانه هذا بالنسبة اليهما وأما بالنسبة الى الودعي فان حكم التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة اليه ، وحينئذ فلكل منهما عليه يمين ، فان حلف سقطت دعوى كل واحد منهما عنه وان نكل فكما تقدم من الحكم بالنكول ، أو ارجاع اليمين وما يترتب على ذلك .

الثالثة ـ أن يكذبهما معاً قالوا فانه ينتفي دعواهما ، لان اليد له ، ولكل منهما احلافه على البت ، فان نكل عن اليمين ردت عليهما بناء على عدم القضاء بالنكول ، وصارا في الدعوى سواء ، لان يدهما خارجة ، فان حلفا أو نكلا قسمت بينهما أنصافا ، وان حلف أحدهما اختص بها .

الرابعة ـ أن يقول هي لاحد كما ، ولا أدري من هو على التعيين فان وافقاه على عدم علمه بالتعيين ، فلا خصومة لهما معه ، و ان كذباه في دعواه عدم العلم

وادعى كل واحد منهما عليه أنه يعلم أنه المالك ، فالقول قوله مع يمينه ، الا أن الحلف هنا على عدم العلم ، وهل يكفي يمين واحد أو لابد من يمينين ؟ المشهور الاول ، وهو قول الشيخ في الخلاف وظاهر ابن الجنيد ، اختاره في المختلف ، وجعله الاقوى في المسالك ، والقول الثاني للشيخ في المبسوط .

ووجه الاول أن المدعى شيء واحد وهو علمه بكون المال لمعين ، بخلاف سابق هذه الصورة ، فانه يبقى استحقاق كل واحد منهما ، فيحلف له .

ووجه الثاني أن كلا منهما مدع ، فيدخل في عموم الخبر المشهور ، والقول الاول نقله في التذكرة عن الشافعي ، والثاني عن أبي حنيفة ، وحينئذ فاذا حلف سقطت الدعوى عنه ، وبقيت المنازعة بينهما ، وان نكل عن اليمين وحلفا على علمه بناء على عدم القضاء بالنكول أغرم القيمة ، وتجعل مع اليمين في أيديهما .

بقي الكلام في أنه متى حلف لهما ، وبقيت المنازعة بينهما فقيل : بأنه يقرع بينهما ، فمن خرج اسمه وحلف سلمت اليه ، وقيل : يقف حتى يصطلحا .

قال الشيخ في الخلاف : لو كان عنده وديعة فادعاها اثنان ، فقال المودع : هي لاحدهما ولا أعلم صاحبها بعينه ، وادعى كل منهما علمه بذلك احلف يميناً واحدة ، فاذا حلف وأخرجت الوديعة من عنده ، وبذل كل من المتداعيين اليمين أنها له استخرج واحد منهما بالقرعة ، فمن خرج اسمه وحلف سلمت اليه ، أو يقسم بينهما نصفين .

وقال ابن الجنيد : توقف حتى يصطلحا أو يقوم بيّنة بها لاحدهما ، ونقله الشيخ عن الشافعي ، وتردد في المبسوط ، فتارة حكم بالايقاف حتى يصطلحا ، وتارة قوى القرعة ، وادعى في الخلاف الاجماع على أن لكل أمر مشكل فيه القرعة .

أقول : والاقرب بمقتضى قواعدهم هنا هو ما اختاره شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، حيث قال ـ بعد نقل القولين المذكورين ـ : والاقوى أنهما يحلفان

ويقسم بينهما لتكافؤ الدعويين ، وتساويهما في الحجة ، وهو يقتضي القسمة كذلك ولايكون الامر مشكلا ، والايقاف حتى يصطلحا ضرر ، والاصطلاح غير لازم ، انتهى .

الخامسة ـ أن يقول لا أدرى لمن هي لكما أو لغيركما والذى صرح به في التذكرة هنا أنه اذا ادعيا عليه العلم كان القول قوله مع اليمين ، فاذا حلف على نفي العلم تركت في يده الى أن يقوم بيّنة ، وليس لاحدهما تحليف الاخر لانه لم يثبت لواحد منهما يد ، ولا استحقاق بخلاف الصورة الاولى ، انتهى .

ولم يتعرض لبيان الحكم فيما لو نكل عن اليمين ، وقال في المسالك : ولو نكل عن اليمين ففي تسليمها اليهما مع حلفهما على الاستحقاق وغرامته لهما القيمة لو حلفا على علمه احتمالا ، لانحصار الحق فيهما ظاهراً ولا منازع لهما الان ، ويحتمل العدم لعدم حصر ذى اليد الحق فيهما ، ولم أقف في هذا القسم على شيء يعتد به ، انتهى .

تنبيه :

ظاهر كلام المحقق في الشرايع أنه في صورة قوله لا أدرى الشامل للصورة الرابعة والخامسة أنها تقر في يده ، حتى يثبت لها مالك ، وهو في ثاني الصورتين المذكورتين مما لايظهر فيه خلاف .

ويؤيده أن يده يدأمانة ، ولم يتعين لها مالك يجب الدفع اليه ، والحق في هذه الصورة غير منحصر فيهما ، ليتوهم سقوط أمانته بمطالبتهما .

وأما أولى الصورتين المذكورتين فقيل : ان الحكم كما ذكر من كونها أمانة ولم يتعين المالك ، وقيل : بأنها تنزع من يده ، لانحصار الحق فيهما ومطالبتهما اياه ، والقولان للشيخ (رحمه الله) ، ففي المبسوط قوى بقاءها في يده ، وظاهره في الخلاف كما تقدم في عبارته انها تنزع من يده ، واستوجه في المختلف رد الامر الى الحاكم ، واستحسنه في المسالك ، والله العالم .

الثامنة ـ لو اختلفا في القيمة بعد ثبوت التفريط فهل القول قول المالك بيمينه ، أو القول قول الغارم ؟ قولان : وبالاول قال الشيخان على مانقله في المختلف ، ونقل عنهما أنهما احتجا ببطلان الامانة بالخيانة ، فلا يكون قوله مسموعاً .

ونقل في المختلف عن أبي الصلاح أنه قال : وروى أن اليمين في القيمة على المودع فتكون هذه الرواية دليلا للشيخين فيما ذهبا اليه هنا .

ورد الاول بأنه على تقدير قبول قول الودعي فانا لم نقبله من حيث كونه أميناً ليلزم ماذكروه ، وانما قبلنا قوله من حيث كونه منكراً للزيادة التي يدعيها المالك ، فالقول قوله بيمينه لذلك ، كما أن البيّنة هنا على المالك ، لكونه مدعياً ، وأما الخبر المذكور فلم يثبت على وجه تقوم به الحجة .

وبالقول الثاني صرح المحقق ، والعلامة ، وابن حمزة ، وابن ادريس ، وهو المشهور ، ولا ريب أنه الاوفق بالقواعد الشرعية ، قال في المسالك : وهذا الحكم لايختص الامين ، بل الحق تعديه الى كل من شاركه في هذا المعنى ، وان كان غاصباً ، انتهى وهو جيد نظراً الى الاندراج تحت القاعدة المنصوصة ، والله العالم .

التاسعة ـ لاريب أنه اذا مات المودع سلمت الوديعة الى ورثته ، فان كانوا جماعة بلغاء سلمت الوديعة الى الجميع أو وكيلهم أو وليّهم أو وصيّهم لو كانوا أطفالا ، أو الحاكم مع غيبة الوارث ، أو عدم وجود ولي خاص للاطفال ، قالوا : وتجب المبادرة بالتسليم ، لانها بموت المودع تصير أمانة شرعية ، وقد تقدم أن الحكم فيها وجوب المبادرة بالرد الى المالك فوراً .

والمشهور أنه لا فرق في وجوب المبادرة بالرد بين علم الورثة بذلك وعدمه ، و نقل في التذكرة عن بعض الشافعية أن مع علمهم لايجب الدفع الا بالطلب ، ونفى عنه البأس .

وقال في المسالك ـ بعد نقل ذلك عنه ـ : وهو وجيه ، الا أنه لم يتحقق

به قائل منا ، وان كان القول به ممكناً ، لعدم تحقق الاجماع .

أقول : لا أعرف لما رجحاه في هذا المقام وجهاً بعد الاتفاق على كونها أمانة شرعية ، لحصولها في يده بغيراذن المالك ، ومن شأن الامانة الشرعية وجوب ردها فوراً ، وخروج هذا الفرد يحتاج الى دليل يوجب التخصيص ، الا أن يخرجوا عن أصل القاعدة المذكورة في الامانة الشرعية ، والله العالم .

العاشرة ـ لو كان في يده سلعة فادعى أنها رهن وادعى صاحبها انها وديعة فهل القول قول من هي في يده ، أو قول المالك ؟ قولان ، وقد تقدم تحقيق المسئلة مستوفى منقحاً في كتاب الرهن .

الحادية عشر ـ المشهور بين الاصحاب أنه اذا اتجر الودعى بالوديعة بغير اذن المالك كان ضامناً ، والربح بأجمعه للمالك ، ذهب اليه الشيخان وسلار وأبو الصلاح وابن البراج وغيرهم .

وكذا قال ابن الجنيد الا أن الجماعة أطلقوا وابن الجنيد ، قال : ولو تعدى فيها بالتجارة كان الربح لصاحب المال ، الا أن يكون صاحبها خيره على أن ضمنه اياها ، ولو خيره على ذلك ولم يتجر فيها ، ولا انتفع بها ولا تعدى لم يلزمه ضمانه اياها .

قال في المختلف ـ بعد نقل ذلك عنه ـ : ولا بأس بهذا القول ، لان التضمين وان لم يكن لازماً ، الا أنه يفيد الاذن في التصرف ، وحينئذ يكون الربح للودعي ، لانه في الحقيقة استدانة .

ثم نقل رواية مسمع ، وهي ما رواه في التهذيب والفقيه عن مسمع (١) « قال : قلت لابي عبدالله (عليه‌السلام) : اني كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه فحلف لي عليه ثم أنه جائني بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت أستودعته اياه ، فقال : هذا مالك فخذه وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٠ ح ٦ ، الفقيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٥ ح ١ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

مالك، واجعلني في حل فأخذت المال منه، وأبيت أن آخذ الربح منه ، وأوقفته المال الذى كنت أستودعته وأتيت حتى استطلع رأيك فماترى ؟ قال : فقال: خذ نصف الربح واعطه النصف وحلله ان هذا رجل تائب والله يحب التوابين » .

ثم قال – بعد نقل الخبر – والظاهر أن ذلك على وجه الاستحباب ، والشيخ (رحمه الله) أفتى بما تضمنته الروايه في الدين .

أقول : لايخفى ما في كلامهم على اطلاقه هنا من الاشكال ، لان هذا المتجر في هذه الصورة غاصب بلا اشكال ، ولا ريب في ضمانه ، الا أن الشراء متى وقع في الذمة فانه يكون صحيحاً شرعاً بلا اشكال ، وان كان دفع الثمن من الوديعة محرماً لانه تصرف في مال الغير بغير اذن منه ، والربح يكون للمشترى ، لصحة الشراء المذكور ، ولا أعرف للحكم بكونه للمالك وجهاً والحال كما ذكرنا .

وأما لو وقع الشراء بالعين ، فانه يكون باطلا لايترتب عليه استحقاق ربح لا للمالك ، ولا للبايع ، لان حل الربح فرع صحة العقد ، بل الواجب هو رد كل ملك على مالكه من مبيع وثمن وربح ، هذا مقتضى القواعد الشرعية ، والضوابط المرعية في البيع والرواية أيضاً لاتخلو من الاشكال ، الا أن تحمل على كون الشراء وقع في الذمة ، والربح حينئذ للمتجر دون المالك ، الا أنه لاجل رضى المالك وطلب التحليل منه بذل له هذا المبلغ ، ليرضيه بذلك فيحلله مما فعل فكانه بمنزلة الصلح بينهما ، والامام (عليه السلام) أمره بقبول ذلك ، ورد النصف عليه في مقابلة توبته ، وقد تقدم الكلام في هذا المقام في المسئلة التاسعة من المقصد الثاني من كتاب الدين (١) والله العالم .

الثانية عشر – لو اختلف المالك ومن عنده الوديعة في أنه وديعة أو دين ، فادعى الذى عنده المال أنه وديعة ، وادعى المالك أنه دين ، قال الشيخ في النهاية أن القول قول صاحب المال ، وعلى الذى عنده المال البينة على أنه وديعة ، فان

(١) ج ٢٠ ص ١٨٣ .

لم يكن له بينة وجب عليه رد المال ، فان هلك كان ضامناً وان طالب صاحب المال باليمين أنه لم يودعه ذلك المال كان له .

وقال ابن الجنيد واذا أقر الرجل لرجل بمال وادعى فيه عليه مايزيل به حقاً وجب لصاحب المال من أنه كان وديعة فهلك ، أو مضاربة فخسر لم يصدق الا ببينة ، وكان القول قول صاحب المال مع يمينه انتهى ، وهو يرجع الى قول الشيخ المذكور .

وفصل ابن ادريس هنا فقال : الوجه عندى أن يكون المدعى عليه قدو افق المدعى على صيرورة المال اليه ، وكونه في يده ثم بعد ذلك ادعى أنه وديعة لك عندى فلا يقبل قوله ، ويكون القول قول من ادعى أنه دين ، لانه قد أقر بأن الشيء في يده أولا وادعى كونه وديعة ، والرسول (صلى الله عليه وآله) (١) « قال : على اليد ما أخذت حتى تؤدى » وهذا قد اعترف بالاخذ والقبض وادعى الوديعة ، وهي تسقط الحق الذى أقر به لصاحب المال ، فلا يقبل قوله في ذلك ، فأما لو لم يقر بقبض المال أولا ، بل ما صدق المدعى على دعواه بأن له عنده مالا ديناً ، بل قال : الك عندى وديعة ، كذا وكذا فيكون حينئذ القول قوله مع يمينه ، لانه ما صدق على دعواه ، ولا أقر أولا بصيرورة المال اليه ، بل قال : لك عندى وديعة فليس الاقرار بالوديعة اقراراً بالتزام الشيء في الذمة ، ثم أمر بأن يلحظ ذلك وزعم أن فيه غموضا ، انتهى .

وبموجب تفصيله يوافق الشيخ في الشق الاول خاصة ، والعلامة في المختلف وافق الشيخ وابن الجنيد ، ورد تفصيل ابن ادريس بأنه ضعيف جداً ، قال : اذا البحث وقع في مال في يد المقر ادعى أنه وديعة ، وادعى صاحبه أنه دين ، لنا أنه اعترف بثبوت يده على مال الغير ، وهو يقتضي ظاهراً الضمان ، فيكون القول قول من يدعى الدين ، قضاء بالظاهر ، انتهى .

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ ح ١٢ .

أقول : والذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذه المسئلة مارواه الكليني والشيخ والصدوق في الموثق عن اسحاق بن عمار (١) « قال : سألت أباالحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرجل : كانت عندى وديعة ، وقال الاخر : انما كانت عليك قرضاً ؟ قال : المال لازم له الا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة » ومارواه الكليني والشيخ في الموثق عن اسحاق بن عمار (٢) أيضاً عن أبي عبدالله (عليه السلام) « في رجل قال لرجل : عليك ألف درهم فقال الرجل : لا ولكنها وديعة ، فقال (عليه السلام) : القول قول صاحب المال مع يمينه » ولايخفى ما في هذين الخبرين من الظهور في ماذهب اليه الشيخ، والرد لما فصله ابن ادريس ، واستشكل بعض الافاضل في هذه الاخبار بأن الامانة والقرض متعارضان ، ثم رجح الحمل على ما اذا كان صاحب المال ثقة ، والذى يدعي الوديعة متهما .

وفيه أن الامانة التي عارض بها دعوى القرض بناء على ماورد « من أن صاحب الوديعة مؤتمن » انما يتم البناء عليها مع الاتفاق على كون ذلك وديعة ، وأما مع الاختلاف كما في الصورة المفروضة فلم تثبت الوديعة ، حتى يفرع عليه كونها أمانة ، وأن قول الامين مقبول ، وبالجملة فدعوى القرض لا معارض له الا دعوى الوديعة ، وهذه الدعوى غير مسموعة بظاهر هذه الاخبار الا بالبينة ، وكان الوجه فيه أنه باعترافه بقبضه المال يلزم منه اشتغال ذمته به حتى يؤديه الى صاحبه ، نظراً الى الحديث النبوى المتقدم ذكره ، ودعواه الوديعة لدفع الضمان عنه يحتاج الى البينة ، وحينئذ فالحكم بما دلت عليه الاخبار المذكورة .

نعم يجب تقييد الاولى من أن المال لازم لمن ادعى الوديعة مطلقا بما دلت عليه الثانية من اليمين على صاحب المال وأن القول قوله بيمينه ، والله العالم .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٨ ، التهذيب ج ٧ ص ١٧٩ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٢ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ١٧٦ ح ٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٣٨ ح ١ .


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كتــاب العارية

والكلام في هذا الكتاب يقع في فصول :

الفصل الاول – في جملة من الفوائد ينبغي تقديمها في المقام : **الاولى** – قال في التذكرة : العارية بتشديد الياء عقد شرع لاباحة الانتفاع بعين من الاعيان على وجه التبرع ، وشددت الياء كانها منسوبة الى العار ، لان طلبها عار ، قاله صاحب الصحاح .

وقال غيره : منسوبة الى العارة : وهي مصدر يقال : أعار ويعير اعارة وعارة كما يقال : أجاب يجيب اجابة وجابة ، وأطاق يطيق اطاقة وطاقة .

وقيل انها مأخوذة من عـار يعير اذا جاء وذهب ، ومنه قيل للبطال عيّار لتردده في بطالته ، فسميت عارية لترددها من يد الى يد .

و قيل : انها مأخوذة من التعاور والاعتوار ، وهو أن يتداول القوم الشيء بينهم ، وقال الخطائي في غريبه : ان اللغة الغالبة العارية وقد تخفف ، انتهى .

أقول : وماتقله عن الصحاح قد صرح به ابن الاثير في نهايته أيضا ، فقال : والعارية مشددة الياء كانها منسوبة الى العار ، لان طلبها عار وعيب ، وتجمع على العواري مشدداً انتهى ، الا أن المفهوم من كلام أحمد بن محمد الفيومي في كتاب المصباح المنير تغليط ماذكره في الصحاح والنهاية من الاشتقاق من المعنى الذي ذكراه ، لان العارية المبحوث عنها من الواو والعار بمعنى العيب من الياء .

ويؤيده كلام القاموس أيضاً ، حيث أنه ذكر العارية في مادة عور ، والعار بمعنى العيب في مادة عير ، ثم انه نقل في المصباح أيضاً معنى زايداً على ما قدمنا ذكره ، وهو الاشتقاق من عار الفرس اذا ذهب عن صاحبه ، لخروجها من يد صاحبها ، وغلطه أيضاً بأنه من الياء وفي القاموس أيضاً عده من الياء ، وفي القاموس أيضا . عدعار بمعنى جاء وذهب ، والعيار المأخوذ من ذلك في مادة عير ، دون عور التي قد عرفت أن العارية مأخوذة منها .

وحينئذ فقد بطل هذا المعنى ، فلم يبق الا الاشتقاق من التعاور بمعنى التداول ، أو من العارة التي هي مصدر أعار يعير اعارة ، وهذا هو الذي جمدعليه صاحب المصباح ، والعجب من شيخنا العلامة ونحوه شيخنا الشهيد الثاني في المسالك حيث نقل كلام التذكرة ، وجمد عليه حيث لم يتنبها لذلك ، مع اختلاف أهل اللغة كما عرفت .

الثانية : لايخفى أن العارية مما ثبتت بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الاول : فقوله تعالى (١) « تعاونوا على البر والتقوى » ولاريب أن العارية من جملة البر ، وقال تعالى (٢) « ويمنعون الماعون » قال في كتاب مجمع البحرين :

---

(١) سورة المائدة ـ الآية ٢ .

(٢) سوره الماعون ـ الآية ٧ .

الماعون اسم جامع لمنافع البيت ، كالقدر والدلو والملح والماء والسراج والخمرة ونحو ذلك مماجرت العادة بعاريته .

وروى في كتاب من لايحضره الفقيه مرسلا (١) « قال : نهى النبي (صلى الله عليه وآله) أن يمنع أحد الماعون جاره » وقال : « من منع الماعون جاره ، منعه الله خيره يوم القيامة ، ووكله الى نفسه ، ومن وكله الى نفسه فما أسوء حاله » .

وروى في الكافي عن أبي بصير (٢) « قال : كنا عند أبي عبدالله عليه السلام ومعنا بعض أصحاب الاموال فذكروا الزكاة وساق الخبر الى أن قال : وقوله عز وجل « ويمنعون الماعون » قال : هو القرض يقرضه ، والمعروف يصنعه ، ومتاع البيت يعيره ، ومنه الزكاة فقلت له : ان لنا جيراناً اذا أعرناهم متاعاً كسروه وأفسدوه ، فعلينا جناح أن نمنعهم؟ فقال : لاليس عليكم جناح أن تمنعوهم اذا كانوا كذلك » وفي خبر آخر عن سماعة (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : والماعون أيضاً وهو القرض يقرضه ، والمتاع يعيره ، والمعروف يصنعه ، الحديث .

وأما الثاني فالاخبار الكثيرة ، منها ماذكر ، ومارواه في التهذيب في الصحيح عن أبي بصير (٤) عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سمعت يقول : بعث رسول الله (صلى الله عليه وآله) الى صفوان ابن أمية فاستعار منه سبعين درعاً باطراقها قال : فقال : أغصباً يامحمد؟ فقال النبي (صلى الله عليه وآله) : بل عارية مضمونة » .

وقال في الفقيه (٥) : استعار النبي (صلى الله عليه وآله) من صفوان بن أمية الجمحي سبعين درعاً حطمية ، وذلك قبل اسلامه فقال : أغصب أم عارية يا

(١) الفقية ج ٤ ص ٨ ، الوسائل ج ٦ ص ٣١ ح ١٢ .
(٢) الكافي ج ٣ ص ٤٩٩ ح ٩ ، الوسائل ج ٦ ص ٢٨ ح ٣ .
(٣) الكافي ج ٣ ص ٤٩٨ ح ٨ ، الوسائل ج ٦ ص ٣١ ح ١١ .
(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ ح ١٠ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٦ ح ٤ .
(٥) الفقية ج ٣ ص ١٩٣ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٨ ح ١ .

أبا القاسم ؟ فقال (صلى‌الله‌عليه‌وآله) : بل عارية مؤداة فجرت السنة في العارية اذا اشترط فيها أن تكون مؤداة » .

أقول : قوله في الخبر الاول بأطراقها اختلفت النسخ في هذه اللفظة بكونها بالفاء أو بالقاف ، وعلى تقدير الثاني الظاهر أن يكون المراد بها البيضة الحديد ، قال في القاموس : الطراق ككتاب الحديد الذي يعرض ثم يدار فيجعل بيضة ، وعلى تقدير الاول فلعل المراد بها المغفر ومايلبس على الساعدين وغيرهما ، فانها تجعل في أطراف الدرع .

وقال بعض المحدثين : يحتمل أن يكون بالقاف ونسب النسخ التي بالفاء الى التصحيف وهو جيد ، وأما الحطمية في الخبر الثاني بالمهملتين منسوبة الى الحطمة بن المحارب الذي كان يعمل الدرع ، كذا ذكره بعض المحدثين .

وفي كتاب مجمع البحرين وفي الحديث زوج رسول‌الله (صلى‌الله‌عليه‌وآله) فاطمة على درع حطمية تسوى ثلاثين درهما ، قيل سميت بذلك لانها تحطم السيوف أي تكسرها ، وقيل : هي العريضة الثقيلة ، وهي منسوبة الى بطن من عبدقيس يقال : حطمة بن الحارث كانوا يعملون الدروع ، انتهى .

وأما الثالث : فانه قال في التذكرة : لاخلاف بين علماء الامصار في جميع الاعصار في جوازها والترغيب فيها ولانه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالمنافع والاعيان جميعاً ، انتهى .

والمفهوم من الاية والاخبار تأكد استحبابها أما الاية فلان الله تعالى قد قرن تاركها بالساهي في صلاته ، فنسبهما معاً الى الويل ، وهي كلمة يقال عند الهلكة ، وقيل : ويل وادفي جهنم ، وليس المراد بالسهو هنا هو النسيان كما ربما يتوهم ، بل المراد المضيع لصلاته التارك لها عن أول وقتها كما وردت به الاخبار في تفسير الاية المذكورة .

أما الاخبار فما تقدم في مرسلة الفقيه حتى أن بعض العامة ذهب الى

وجوبها ، لما رووه من مزيد التأكيد والترغيب فيها ، والجميع عندنا محمول على مزيد التأكيد في استحبابها ، فانهم ﷺ كثيراً مايؤكدون على المستحبات بما يكاد يلحقها بالواجباب ، ويؤكدون في النهـي عن المكروهات بما يكاد يدخلها في المحرمات .

الثالثة : مقتضى ماعرف به العارية في التذكرة كما تقدم نقلهعنه من أنها عقد شرع لاباحة الانتفاع ، هو أنه لابد من الايجاب والقبول اللفظين ، كما في سائر العقود ، ولهذا ان المحقق في الشرايع لما عرفها بأنها عقد ثمرته التبرع ، قال في المسالك : العقد اسم للايجاب والقبـول ، وتعليق الثمرة عليه يقتضي أن للقبول مدخلاً فيها مع أن التبرع بالمنفعة يتحقق بالايجاب خاصة ، لان المتبرع انما هو باذل العين ، لا المنتفع بها .

ثم قال : ويمكن الجواب بأن القبول لما كان شرطاً في صحة العارية لم يتحقق الثمرة بدونـه وان بذلها المعير ، فانـه لو تبـرع المعير بالعين وأوقـع الايجاب فرده الاخر لـم تحصل الثمرة ، وان حصل التبرع بالمنفعة فالمترتب على العقد هو التبرع على وجه يثمر ذلك ، ولايتم بدون القبول ، انتهى .

وهو كما ترى نص صريح في ايجاب الايجاب والقبول ، وأنه لابد من عقد يشتمل عليها ، وأصرح منه ما صرح به أيضاً أخيراً حيث قال : واعلم ان جعلها عقداً يقتضي اعتبار الايجاب والقبول اللفظين ، لان ذلك هـو المفهوم من العقد ، وان لم ينحصر في لفظ كما هو شأن العقود الجائزة ، وقد يتجوز في القبول فيطلق على ما يكفي فيه القبول الفعـلي ، كما ذكروه في الوديعة والوكالـة ونحو هما ، لـكن يبقى الايجاب لايتحقق العقد بدون التلفظ به ، وهذا هو الظاهر من عبارات كثير من الاصحاب انتهى ، هذا وقد صرح العلامة في التذكرة في الركن الرابع بما هو ظاهر بل هو صريح في خلاف ماذكره في المسالك ، ومايفهم من ظاهر عبارته المشار اليها آنفا ، حيث صرح بأنـه لايشترط فيه اللفظ في الايجاب والقبول ،

بل يكفي مايقوم مقام ذلك من الامور الدالة على الظن بالرضا ، قال : لانه عقد ضعيف ، لانه يثمر اباحة الانتفاع ، وهي تحصل بغير عقد كما لو حسن ظنه بصديقه كفي في الانتفاع بـه عن العقد ، وكما في الضيف بخلاف العقود اللازمة ، فانها موقوفة على ألفاظ خاصة اعتبرها الشرع .

ثم قال في مسئلة أخرى : والاقرب عندى أنه لايفتقر العاريــة الى لفظ ، بل يكفي قرينة الاذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الاعارة والاستعارة ، لامن طرف المعير ولامن طرف المستعير ، كما لو رآه عارياً فدفع اليه قميصاً فلبسه تثبت العاريـة ، وكذا لوفرش لضيفه فراشاً أو بساطاً أو مصلى أو حصيراً أو ألقى اليه وسادة ، فجلس عليها أو مخـدة فاتكى عليها كان ذلك اعارة ، بخلاف مالو دخل فجلس على الفرش المبسوطة، ولانه لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه ، وهو قول بعض الشافعية قضاء بالظاهر ، وقد قال عليه السلام : « نحن نقضي بالظاهر » (١) ، ثم نقل عن بعض الشافعية الافتقار الى اللفظ ، وقال : والاقرب ما تقدم ، وقـد جرت العادة بالانتفاع بظرف الهدية المبعوث اليه واستعماله ، كأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها ، فانه يكون عارية ، لانـه منتفع بملك الغير باذنه ، وان لم يوجد لفظ يدل عليها بل بشاهد الحال ، انتهى .

وهو جيد وجيه الا أن فيه عدولا عن مقتضى ما قدمنا نقله عنه أولا ، وهو الذى يقتضيه كلام غيره أيضاً .

وبالجملة فالظاهر هو ترتب ذلك على الرضا كيف اتفق من المعير والمستعير ولا دليل على مازاد على ذلك .

الرابعة : انهم قالوا ــ بناء على كونه عقدا كما تقدم نقله عنهم ــ : انه من العقود الجائزة التي لكل من المتعاقدين فسخه متى شاء .

---

(١) الفقيه ج٣ص٩ح١١ ما نقله في الفقيه في هذا الباب ليس بهذه العبارة فراجع، الوسائل ج ١٨ بـاب ٢٢ من ابواب كيفية الحكم ،واحكام الدعوى من كتاب القضاء حديث ١ وما نقله في الوسائل ايضاً ليس بهذه العبارة ، فراجع .

قال في المسالك : وهو موضع وفاق ، إلا أنهم استثنوا من ذلك مواضع بعضها اتفاقي ، وبعضها خلافي ، أحدها الاعارة للرهن بعد وقوع الرهن عليه ، فانه لارجوع للمعير ، وتوضيح ذلك ـ حيث أنه لم يسبق لهذه المسئلة تحقيق في كتاب الرهن ـ أنه لواستعار مال غيره ورهنه باذن المالك ، فالظاهر أنه لا اشكال في صحة الرهن ، بل نقل عليه في المسالك اجماع العلماء ، قال : وسموه استعارة الرهن وجعلوها مضمونة على الراهن ، وان تلفت بغير تفريط .

وبالجملة فانه يترتب عليه أحكام الرهن ، فيلزم العارية ، وتباع عندالحلول ويؤخذ الدين من ثمنها كما في غيرها من أفراد الرهن ، وليس للمعير الرجوع فيها بحيث يتسلط على فسخ عقد الرهانة نعم له مطالبة الراهن بالفك عندالحلول .

بقي الكلام فيما يجب لمالكه في صورة بيع المرتهن الرهن ، وأخذ ماله من قيمته بأن يكون وكيلا أوباذن الحاكم أو البايع الحاكم ، فقيل : انه يرجع المالك بأكثر الامرين من القيمة وما يبيع به ، وهو المشهور في كلام الاصحاب .

قال في التذكرة : فاذابيع في الدين رجع المالك بأكثر الامرين من القيمة ومن الثمن الذى بيعت به ، لان القيمة ان كانت أكثر فهو المستحق للمالك ، لانها عوض عنه ، وان كان الثمن أكثر فهو عوض العين ، انتهى .

وفيه انه موهم لجواز بيعه بأقل من القيمة ، وهو ممتنع ، اذلا يجوز البيع بأقل من ثمن المثل فصاعدا كما هوالحكم في كل وكيل ، وهذا أحدهم والتحقيق أنه ان باعه بثمن المثل فلا اشكال في أن للمالك ذلك ، وان باعه بأكثر من ذلك فلا ريب أيضاً في أنه للمالك ، لأنه ثمن ملكه ، اذ العين باقية على ملكه الى وقت البيع ، ولا يتصور البيع بدون ثمن المثل كما عرفت .

هذا كله اذا كان مع اذن المالك كما تقدمت الاشارة اليه ، أما لولم يكن باذنه فان للمالك انتزاعه بغير خلاف ، ويدل عليه أيضاً مارواه في الفقيه عن أبان عن حريز (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل استعار ثوباً ثم عمد اليه فرهنه ،

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٩٣ ح ٣، الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٦ الوسائل ج ١٣ ص ٢٤١ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٤ ح ١٢ .

فجاء أهل المتاع الى متاعهم ؟ فقال : يأخذون متاعهم » ورواه الكليني عن أبان بن عثمان عمن حدثه (١) عن أبي عبدالله عليه السلام مثله .

وثانيها : لو أعار أرضاً لدفن ميت مسلم ومن بحكمه ، فانهم صرحوا بأنه لايجوز الرجوع فيها بعدالدفن ، لتحريم النبش وتهتك حرمته الى أن تفنى عظامه . ونقل في التذكرة أنه موضع وفاق قال : أما لورجع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت فانه يصح رجوعه ، ويحرم دفنه فيه ولورجع بعد وضع الميت في القبر ، وقبل أن يواريه بالتراب ، فالاقرب أن له الرجوع أيضا ، ومؤنة الحفر اذا رجع بعد الحفر ، وقبل الدفن لازمة لولي الميت ، ولايلزم لولي الميت الطم ، لان الحفر مأذون فيه ، انتهى .

واستشكل في المسالك والروضة في لزوم مؤنة الحفر لولي الميت فيما لولم يمكنه الدفن الا كذلك ، قال : اذلا تقصيرمنه حينئذ ، فينبغي كونه من مال الميت ، ومراده أنه لوتعذر على الولي الدفن الافي أرض بهذه الصورة فانه لاتقصير منه في الدفن فيها ، حتى أنه يغرم مؤنة الحفر لوأمكنه الدفن في أرض غيرها فانه يمكن مؤاخذته بقدومه على هذه الأرض التي لصاحبها الرجوع فيها قبل الدفن فلايكون أجرة الحفر فيها على الميت ، ويكون أجرة حفر الارض الاخرى عليه أيضا ، بل يكون أجرة هذا الحفر عليه خاصة لتقصيره ، وأنت خبير بأن هذا الحكم هنا مبني على تحريم النبش ، وقد تقدم في كتاب الطهارة في بحث غسل الميت (٢) أنه لم يقم لنا دليل واضح على التحريم الا ما يدعونه من الاجماع .

وثالثها : مالو أعاره جدارا ليضع عليه أطراف خشبته ، والاطراف الاخر حائط المستعير .

قال الشيخ : لم يكن له بعد الوضع الازالة وان ضمن الارش ، لانه يؤدي الى قلع جذوعه من ملكه مجبراً وهوغير جايز ، وتبعه ابن ادريس .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤١ ح ١ .
(٢) ج ٤ ص ١٤٣ .

وذهب العلامة في المختلف الى الجواز قال : لانه عارية فللمالك الرجوع فيها وان أدى الى تخريب مال الغير ، لانجباره بالارش ، واليه ذهب في المسالك أيضاً ، و تردد المحقق في الشرايع في ذلك .

ورابعها : لو أعاره لوحاً يرقع به السفينة ثم لج في البحر ، فانه لايجوز للمعير هنا الرجوع مادامت في البحر ، لمافيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب المال ، أوتلف النفس ، قالوا : وهكذا فيما اذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعير لايمكن استدراكه ، ولولم يدخل السفينة في البحر أو خرجت جاز الرجوع قطعا ، ولوكانت في البحر لكن يمكن اخراجها الى الشاطيء وجب اذا لم يحصل به ضرر على صاحبها ، قيل : ويحتمل الجواز ، ولوكانت في البحر وثبتت له القيمة مع تعذر المثل لمافيه من الجمع بين الحقين ، أو يقال : بجوازالرجوع وان لم يجب تعجيل التسليم ، وتظهر الفائدة فيوجوب المبادرة بالرد بعد زوال المانع ، وهو الضرر من غير مطالبة جديدة .

وخامسها : أن يعيره أرضا للزرع فيزرع فيها ، قال الشيخ : ليس له المطالبة بقلعه قبل ادراكه ، وان دفع الارش لان له وقتاً ينتهي اليه ، وتبعه ابن ادريس .

وقال في المختلف بعد نقل ذلك عنهما : ولوقيل له ذلك كان وجها ، لانها عارية ، فلاتجب والظاهر أن مراده الجوازمع الارش ، والافهو مشكل : وبذلك صرح في المسالك فجوز ذلك مع الارش .

وسادسها : أن يعيره أرضاً ليبني فيها أو يغرس مدة معلومة ، قال ابن الجنيد : لوأعاره براحاً ليبني فيه أو يغرس مدة معلومة ، لم يكن لصاحب الأرض أن يخرجه من بنائه أو غرسه كرهاً قبل انقضاء المدة ، فان فعل ذلك كان كالغاصب وعليه أعلى قيمة بنائه وغرسه قائما ومنفرداً ، ولوكانت الاعارة غير موقتة كان لصاحب الارض اخراجه ، اذا أعطاه قيمة بنائه وغرسه ، ثم يخرجه وهو بحاله .

وقال في المبسوط : اذا أذن له في الغرس ولم يعين مدة فغرس كان للمالك

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

مطالبته بالقلـع ، اذا دفع الارش أن يغرم له ما ينقص فتقوم قائمة ومقلوعة ، ويغرم ما بين القيمتين ، وان قال المعير : أنا أغرم لك قيمتها أجبر المستعير على قلعها ، لانه لاضرر عليه فيه ، ولوقال المستعير : أنا أضمن قيمة الارض لم يكن لـه ذلـك .

قال في المختلف ـ بعد نقل كلام الشيخ المذكور ـ : والوجه عندى أنه لايجبر المستعير على أخذ قيمة غرسه ، بل له المطالبة بعينـه والأرش ، وقال بعد نقل كلام ابن الجنيد : أما الحكم الثاني فقد وافق الشيخ فيه ، فيما تقدم وبينا ما عندنا فيه .

وأما الحكم الاول فالوجه أن للمالك المطالبة بالقلـع مع دفع الارش ، كما قلنا في المطلق ، ولايجب الشراء ولوطلبه الغارس ، وتمنع مساواته للغاصب واختار ذلك في المسالك أيضاً .

الخامسة : قال في التذكرة : لاتخلو العـين التي تعلقت بها العارية أما أن يكون جهة الانتفاع فيها واحدة أو أكثر فان كانت واحدة كالدراهم والدنانير التي لاينتفع بها الابالتزين والبساط الذى لاينتفع بها الافي فرشه ، والدار التي لاينتفع بها الا بالسكنى ، فمثل هذا لايجب التعرض للمنفعة ، ولا ذكر وجه الانتفاع ، لعدم الاحتياج اليه اذ المقتضى للتعيين في اللفظ حصر أسباب الانتفاع وهو في نفسه محصور فلا حاجة الى مائز لفظي .

وان تعددت الجهات التي يحصل بها الانتفاع كالارض التي تصلح للزراعة والغرس والبناء ، والدابة التي تصلح للحمل والركوب فلايخلو اما أن يعمم أو يخصه بوجه واحد أو أزيد ، أو يطلق فان عمم جازله الانتفاع بسائر وجوه الانتفاعات المباحة المتعلقة بتلك العين ، كما لوأعاره الارض لينتفع بها في الزرع والغرس والبناء وغيرذلك بلاخلاف ، وان خصص الوجه كان يعيره الارض للزرع أو البناء أو الغرس اختص التحليل بما خصصه المعير ، وبما ساواه وقصرعنه في الضرر مالم

ينص على التخصيص ، ويمنع من التخطى الى غيره ، فلايجوز له التجاوز قطعاً .

أقول : في جواز التعدى مع التخصيص وان لم يمنع من التخطى الى غيره الى ماساواه أوقصر عنه اشكال ، للخروج عن موضع الاذن والرخصة ، فان الظاهر أن التخصيص فى قوة المنع عن غيره ، ولاخلاف بينهم فى عدم جواز الغير مع المنع عن غير ماخصصه .

ثم قال : وان أطلق فالاقوى أن حكمه حكم التعميم ، لان اطلاق الاذن فى الانتفاع يشعر بعموم الرضا بجميع وجوهه ، اذلاوجه من الوجوه أولى بالضرر من الاخر . ثم قال : اذا أذن له فى الزرع فاما أن يطلق أويعمم أو يخصص ، ولابحث في الاخيرين .

وأما الاول فانه يصح عندنا ويستبيح المستعير جميع الزرع ، اختلف ضررها أو اتفق وهو أصح وجهى الشافعية عملاً باطلاق اللفظ .

وقال بعضهم : تصح العارية ولايزرع الا أقل الانواع ضرراً لاصالة عصمة مال الغير ، ولابأس به .

أقول : ظاهره الرجوع عما أفتى به أولا فى هذه المسئلة من العمل بالاطلاق وان اختلف الضرر ، وهووارد عليه أيضاً فيما ذكره من اختيار العمل بالاطلاق فى المسئلة الاولى ، مع أنه قوى أن حكمه حكم التعميم ، ثم قال : ولوقال : أعرتكها لزرع الحنطة ولم ينه عن غيرها كان له زرع ماهو أقل ضرراً من الحنطة عملا بشاهد الحال كالشعير والباقلا ، وكذا زرع مايساوى ضرره ضرر الحنطة ، وليس له زرع ما ضرره أكثر .

أقول : قد تقدم ما فيه من الاشكال ، ثم قال : ينقسم العارية باعتبار الزمان الى ثلاثة كما انقسمت باعتبار النفع اليها ، لان المعير قد يطلق العارية من غير تقييد بزمان ، وقد يوقت بمدة ، وقد يعمم الزمان كقوله أعرتك هذه الأرض ولايقرن لفظه بوقت أو زمان ، أو أعرتك هذه الأرض سنة أو شهر أو أعرتك هذه

الارض دائماً ، وانما جاز الاطلاق فيها بخلاف الاجارة ، لان العارية جائزة وله الرجوع فيها متى شاء ، فتقديرها لايفيد شيئا .

أقول : الظاهر ان الغرض من التقييد بالمدة دواماً أو تعييناً انما هو صحة التصرف في هذه المدة المضروبة ، بمعنى أنه لايكون عاصياً في تصرفه ، وكذا مع الاطلاق ، لا أنه يقيدالعارية بذلك ، اذ لااشكال من حيث كونها عقداً جايزاً ، أن له الرجوع متى أراد الا فيما تقدم من المواضع المستثناة ، ومتى رجع فانه ليس للمستعير التصرف ، فان تصرف ضمن .

الفصل الثاني في المعير والمستعير :

وفيه مسائل : **الاولى** : لا اشكال في أنه يشترط في المعير أن يكون مالكا مكلفاً جائز التصرف ، والمراد بالمالك ماهو أعم من ملك العين أو المنفعة ، كما صرح به في التذكرة ، فلاتصح اعارة الغاصب للنهي عن التصرف بدون اذن المالك والاعارة تصرف ، ولافرق بين غاصب العين أو المنفعه ، ولايجوز للمستعير التصرف والحال هذه مع العلم بالغصب وان تصرف كان ضامناً للعين والمنفعة بلاخلاف ، والمراد بملك المنفعة كما لو استأجر عيناً ، فانه يملك منفعتها فله أن يعيرها الا أن يشترط عليه المؤجر مباشرة الانتفاع بنفسه ، فيحرم عليه حينئذ الاعارة ، وكذا الموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار ، فانه يجوز له اعارتهما .

ولايصح اعارة الصبي والمجنون ، الا أن في الشرايع صرح بأنه لو أذن الولي للصبي جازت اعارته مع المصلحة ، مع أنه قد تقدم في كتاب البيع أن عقد الصبي لاعبرة به ، وان أجازله الولي ، وفرق بينهما في المسالك بأنه انما جازله هنا دون البيع ، لأن العارية لماكانت جائزة ولاتختص بلفظ بل كل مادل على رضاء المعير ، ـ وهو هنا الولي ـ كان اذنه للصبي بمنزلة الايجاب ، فالعبرة حينئذ باذنه ، لابعبارة الصبي .

ولايخفى مافيه سيما على ما تقدم تحقيقه في البيع من عدم قيام دليل على

ما ادعوه من الاختصاص بلفظ مخصوص في عقد البيع ونحوه ، وأن المناط انما هوما دل على الرضاء .

وبالجملة فان مظهر الجواز وعدمه هوصحة تصرف المستعير والمشتري ، سواءكان العقد لازماً أو جائزا ، فان جوزناله ذلك بعقد الصبي المأذون له من الولي ، فلافرق فيذلك بين اللازم والجائز ، والا فلا ، إذ لامدخل لذلك في الجواز وعدمه ، كما لايخفى ، والمراد بالمعار هنا ماكان ملكاً للصبي .

والظاهر من كلامهم أن تولية اعارة مال غيره يبنى على ماتقدم في اعارة مال نفسه ، من اذن الولي وعدمه ، وربما قيل باطلاق المنع هنا ، كما هو ظاهر اختيار المسالك .

وكما أنه لايجوز للصبي والمجنون الاعارة استقلالاً لعدم جواز تصرفهما ، كذلك المحجور عليه لسفه أو فلس ، لاشتراك الجميع في المنع من التصرف ، والله سبحانه العالم .

الثانية : قد صرحوا بأن للمستعير الانتفاع بالعين المعارة بماجرت به العادة في الانتفاع بها نوعاً وقدراً وصفة ، وهذا يرجع الى ماتقدم في الفايدة الخامسة من اتحاد جهة الانتفاع ، وعدم تعددها كالبساط الذى جرت العادة بفرشه، واللحاف الذى اقتضت العادة جعله غطاء ونحو ذلك ، وظاهرهم أنه لو خالف فالتحف بالبساط وفرش اللحاف فانه لايجوز له ذلك ، لمخالفة العادة التي هي المتبادرة من العارية هنا .

أما لو كانت وجوه الانتفاعات متعددة فانه يبنى على ما تقدم من التفصيل ، ولو نقص من العين شيء بالاستعمال أو تلفت من غير تفريط لم يضمن الا أن يشترط الضمان في العارية ، لأن اطلاق الاذن أو تعميمه يقتضي الانتفاع بالعين من غير تقييد بالكثير والقليل ، فما يحصل من النقص والتلف انما استند الى اذن المعير ، وربما قيل : بضمان المتلف ، لأن الظاهر عدم تناول الاذن للاستعمال المتلف ،

وان كان داخلا في الاطلاق، ولا يخلو عن قوة .

نعم لو لم يكن الاستعمال متلفاً عادة، وانما حصل التلف اتفاقاً، فما ذكره جيد والله سبحانه العالم .

الثالثة : قال في التذكرة : لايحل للمحرم استعارة الصيد من المحرم، ولا من المحل، لأنه يحرم عليه امساكه، فلو استعاره وجب عليه ارساله، وضمن للمالك قيمته، ولو تلف في يده ضمنه أيضاً بالقيمة لصاحبه المحل، وبالجزاء لله تعالى، بل يضمنه بمجرد الامساك عليه وان لم يشترط صاحبه الضمان عليه، فلو دفعه الى صاحبه برىء منه، وضمن لله تعالى .

أقول : لاريب فيما ذكره من عدم جواز الاستعارة في الصورة المفروضة لما ذكر من تحريم الامساك عليه .

بقي الكلام هنا في مواضع : أحدها : انهم قالو : اذا استعاره بعقد العارية فهل يقع العقد فاسداً أم صحيحاً ؟ وجه الاول النهي عنه ووجه الثاني أن النهي انما يكون مبطلا في العبادات، دون المعاملات، فالبطلان يحتاج الى دليل من خارج، وكلامهم في هذا المقام حيث عبروا بأنه «لايحل» كما هنا أو «لايجوز» كما عبر به غيره، لايدل على شيء من الأمرين صريحاً لان عدم الحل، وعدم الجواز أعم من الفساد، الا أنك قد عرفت آنفا أنه لادليل على هذا العقد الذى ذكروه، فلا أثر لهذا الخلاف .

وثانيها : قوله : فلو أستعاره وجب عليه ارساله، فانه على إطلاقه مشكل، بل ينبغي تخصيص ذلك بما إذا كان استعاره من محرم، أما لو استعاره من محل فانه يجب رده على المالك، ويلزم عليه الفداء لله سبحانه خاصة، ويبرء من حق المالك، وبذلك صرح في آخر العبارة المذكورة .

والظاهر أن مراده هو أن الواجب شرعاً هو الارسال، وأن قبضه من محل، وحينئذ يضمن قيمته للمحل، فلو خالف الواجب ورده الى المالك برئت ذمته من

القيمة للمالك ، وبقي حق الله سبحانه ، ويشكل حينئذ بأنه متى كان الصيد مملوكا كما هو المفروض من قبضه من المحل ، فقد تعارض حق الله سبحانه بوجوب الارسال ، وحق المالك ، ومن القواعد المقررة عندهم مع التعارض تقديم حق الآدمي على حق الله تعالى ، فالواجب حينئذ بناء على ماقلنا هورده على المالك ، وضمان حق الله سبحانه ، وأما لو كان المقبوض منه محرماً فانه غير مالك فيتعين الارسال مع عدم الضمان لمن قبضه منه .

وثالثها : ماذكره من أنه يضمن بالتلف لصاحبه المحل قيمته ، وان ذكره غيره أيضاً ، حيث انهم عدوا ذلك من العوارى المضمونة ، وان لم يشترط فيها الضمان ، الا أن فيه اشكالا ، لعدم الوقوف على دليل عليه في المقام ، ولم يصرحوا له هنا بدليل ، ومجرد تحريم الاستعارة لا يدل على الضمان ، سواء قيل : بفساد العقد الذي ادعوه هنا ، أم بصحته ، أما على تقدير الحكم بصحته فلما ذكرناه من عدم الدليل ، والأصل في العارية أن يكون غير مضمونة الا ما استثنى ، وليس هذا منه ، لما عرفت .

وأما على تقدير الحكم بفساده فلما تقرر من القاعدة المشهورة « ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، ومالا فلا » .

ولو قيل : بأنه يمكن الاستدلال على الضمان باطلاق النصوص الدالة على أن المحرم اذا أتلف صيداً مملوكا فعليه القيمة لمالكه ، وما نحن فيه كذلك ، قلنا : هذا معارض بالنصوص الصحيحة الدالة على أن العارية غير مضمونة ، الاما استثنى ، وليس هذا منه ، وليس تخصيص الثاني بالأول أولى من العكس ، وترجيح أحدهما على الآخر يحتاج الى دليل ، هذا كله إذا كان المستعير محرماً كما عرفت ، فلو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل فظاهر كلامهم الجواز .

قال في التذكرة : ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل ، فان قلنا المحرم يزول ملكه عن الصيد ، فلا قيمة له على المحل ، لأنه أعاره ماليس ملكاله ،

وعلى المحرم الجزاء لو تلف في يد المحل ، لتعديه بالاعارة فانه كان يجب عليه الارسال » .

وان قلنا لايزول صحت الاعارة ، وعلى المحل قيمته لو تلف الصيد عنده ، انتهى .

أقول : لااشكال في الحكم الثاني ، ولا كلام فيه ، وإنما الكلام في الأول فانه ان حكم بصحة الاعارة وجوازها كما هو ظاهر العبارة ، وهو صريحه في القواعد والارشاد ، وبه صرح في الشرايع أيضاً ، فان الاشكال يتطرق اليه من وجوه : أحدها انهم صرحوا بأن من شروط صحة الاعارة كون المعار ملكاً للمعير ، وهو هنا منتف لما اعترفوا به من زوال ملكية المحرم عن الصيد ، فكيف تصح الاعارة و يحكم بجوازها .

وثانيها : أن تسليمه للمحل اعانة على الصيد ، واثبات سلطنة عليه للغير ، وهو محرم على المحرم ، فلا يناسب اثبات الجواز ، ويمكن خدش هذا الوجه بأنه لامنافاة بين تحريمه على المحرم ، والجواز للمحل ، فيحرم الاعارة على المعير من حيث الاحرام ، ويجوز للمستعير من حيث كونه محلاً ، ونظائره في الاحكام غير عزيز .

وثالثها : أن تسليمه إذا كان محرماً على المحرم حرم قبوله من المحل ، لما فيه من الاعانة على الاثم والعدوان المنهي عنه في صريح القرآن ، ولما ذكرنا قوى في المسالك الحكم بتحريم الاعارة في الصورة المذكورة ، وهو جيد لما عرفت .

ويحتمل ضعيفاً عدم الحكم بصحة الاعارة في الصورة المذكورة ، واليه يشير قوله في الثانية صحت الاعارة ، فان ظاهره أنه في صورة الحكم بعدم الملك لاتصح وحينئذ فلا اشكال ، الا أنه خلاف ما صرح به في كتبه ، وصرح به غيره ، والله سبحانه العالم .

الرابعة : لواستعار مغصوباً فلا يخلو اما أن يكون جاهلا بالغصب ، أو

عالماً به ، فعلى الأول : فهل يتخير المالك في الرجوع بالاجرة وأرش النقص ، والقيمة مع التلف على الغاصب ، أو المستعير أو أنه انما يرجع على الغاصب خاصة ؟ المشهور الأول ، والوجه فيه ما تقرر في كلامهم من أن كل من ترتب يده على المغصوب ، فان يده يد ضمان عالماً كان أو جاهلا ، فيد المستعير هنا يد ضمان، وقيل : بالثاني ، وبه صرح في الشرايع والقواعد ، ووجه بأن المستعير مغرور يضعف مباشرته ، والسبب الغار أقوى .

وأنت خبير بما في الوجهين المذكورين ، وقد روى في الفقيه (١) « قال : قال علي عليه السلام : اذا استعيرت عارية بغير اذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن » .

ورواه الشيخ في الموثق عن اسحاق بن عمار (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي ابرهيم عليه السلام مثله وظاهر اطلاقه اختصاص الضمان بالمستعير عالماً كان أو جاهلا .

ثم انه على تقدير القول المشهور من تخيير المالك لو رجع على المستعير مع جهله كما هو المفروض ، رجع المستعير على الغاصب بما أغرمه المالك لدخوله ، على أن يكون العين والمنفعة غير مضمونة ، هذا كله في العارية الغير المضمونة .

أما لو كانت مضمونة كالذهب والفضة ، فانه لا يرجع المستعير على الغاصب بالقيمة لو تلفت العارية في يده ، لأن ضمانه إنما هو من حيث العارية ، لا من حيث التعدى .

نعم يرجع بأجرة المنفعة اذا أخذها منه المالك ، وكذلك يرجع بعوض النقصان قبل التلف ، لأن الجميع غير مضمون عليه ، وإنما دخل على ذلك ، ولو رجع المالك على الغاصب لم يرجع الغاصب على المستعير إن لم تكن مضمونة ، والا رجع عليه بما كان يضمنه ، هذا في صورة الجهل .

---

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٩٢ وما أورده في الفقيه ليس منسوباً الى علي (عليه السلام) بل الظاهر انه ذيل رواية اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله (عليه السلام) الذى هو ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٠ ح ١ .

وأما لو كان عالماً بالغصب فانه يكون ضامناً ، ولا رجوع لـه على الغاصب ، و للغاصب الرجوع عليه اذا أغرمها المالك .

وبالجملة فان المستعير هنا غاصب كالذى أعاره ، ومن حكم ترتب الأيدى على المغصوب تخير المالك في الرجوع على أيهما شاء ، ويستقر الضمان على من تلفت العين في يده ، والله سبحانه العالم .

الفصل الثالث في العين المعارة .

وفيه أيضاً مسائل : **الاولى :** الضابط في المستعار عند الأصحاب هو أن يكون مما يصح الانتفاع بـه مع بقاء عينه ، وهو يتضمن شيئين بقاء العين مع الانتفاع ، وجواز ذلك الانتفاع ، فكلما يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه ، يصح اعارته ، كالعقارات والدواب ، والثياب ، و الأقمشة ، والأمتعة ، والصفر والحلى ، و كلب الصيد و الماشية ، والفحل ، وجميع أصناف الحيوانات المنتفع بها كالآدمي والبهائم ، ونحو ذلك .

وفى الصحيح عن محمدبن قيس (١) عن أبى جعفر عليه‌السلام « قال : قضى أمير المؤمنين عليه‌السلام في رجل أعار جارية فهلكت من عنده ولم يبغها غائلة فقضى : أن لايغرمها المعار » الحديث .

وفي رواية وهب(٢) عن جعفر عن أبيه عليهما‌السلام «أن علياً عليه‌السلام قال : من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن ، ومن استعار حراً صغيراً فعيب فهو ضامن » .

وحمل الضمان هنا على الاستعارة من غير المالك أو التفريط والتعدي أو اشتراط الضمان . لما علم من عدم ضمان العارية الامع الوجوه المذكورة .

فأما مالايتم الانتفاع به الا باتلاف عينه كالاطعمة والا شربة ، فانه لايجوز

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٢ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٧ ح ٩ و ص ٢٣٨ ح ١١ .

اعارتها ، لان المنفعــة المطلوبة منها انما تحصل باتلافها وذهاب عينها والاباحة لم تقع على الاتلاف .

و كذا مالايجوز الانتفاع به ، فانه لاتصح اعارته كأواني الذهـب والفضة لـلاكل والشرب فيها ، ولو استعار كلب الصيد للهو والطرب حرم ، ولو استعاره للصيد المشروع جاز ، والجوارى يجوز استعارتها للخدمة ولايجوز للاستمتاع ، لأن العارية ليست من الأسباب المبيحة للبضع ، والمحللات محصورة في أشيـاء ليس هذا منها .

وهكـذا كل ماله منفعة محللة ومحرمة ، فانه يجوز الاعارة للاولى دون الثانية ، ولواستعاره للمحرمة قالوا : لم يجز الانتفاع به في المحلّلة ، والوجه فيه بطلان الاعارة من أصلها .

والظاهر أن التخصيص بالمنافع غالبى ، لماسيأتى ان شاء الله تعالى من اعارة الغنم وهى المنحة والمنافع المأخوذة منها إنما هى أعيان كالصوف والشعر واللبن .

الثانية : قدتقدم في كلام العلامة في التذكرة وبه صرح في غيرها من كتبه مايدل على جواز التخطي مع الاذن في شيء مخصوص الى ماهو أدون منه ضرراً أو مساو له ، وظاهره أنه لاخلاف فيه ، وقد قدمنا ما في ذلك ، وبما ذكرناه أيضاً صرح المحقق فقال : ويقتصر المستعير على القدر المأذون فيه ، وقيل : يجوز أن يستبيح ماهو أدون في الضرر ، كما يستعـير أرضاً للغرس فيزرع ، والأول أشبه واختاره في المسالك أيضاً ، قال : وما اختاره المصنّف أوجه ، وقوفاً مع الاذن ، لأن الأصل عدم جواز التصرف في مال الغير بغيراذنه ، خرج منه مايأذن فيبقى الباقي و كون الأدون أولى بالاذن منه ــ فيدخل من باب مـفهوم الموافقة ــ ممنوع ، لجواز تعليق غرض المالك بالنوع الخاص ، فالأولوية ممنوعة نعم لو عـلم انتفاء الغرض في التخصيص توجه جواز التخطي الى الأقل ، انتهى وهوجيد .

بقي الكلام في أنه لو عدل الى الاضر مع النهي أو الاطلاق كما هو محل

الاتفاق أو عدل الى المساوي والأدون مع النهي ، أو الاطلاق بناء على ما اخترناه ، فهل يلزمه الأجرة بمجموع الزرع أو يسقط منها مقدار أجرة المأذون فيه وتثبت الزيادة خاصة اشكال ، ينشأ من أنه قد تصرف في ملك الغير بغير اذنه ، فان هذا التصرف الذي فعله غير مأذون فيه ، وبموجب ذلك يلزم ثبوت الأجرة كملاً ، ومن أنه قد أباحه المنفعة المخصوصة بذلك الفرد الذي أذن فيه ، فلاعوض لها ، فاذا تخطى الى غيرها كان مقدار منفعة ما أبيح له حلالاً ، لاعوض فيها ، وإنما العوض للزائد ، وعلى هذا لايحصل في المساوي والأقل ضرراً الا الاثم خاصة .

والظاهر أن الأول أقوى ، لأن ما أذن فيه المالك لم يستوفه ، وما استوفاه غير مأذون فيه بالكلية ، فتصرفه حينئذ عدوان محض ، وكون المالك أحل له التصرف في ذلك الفرد لا يستلزم اجزاء قدر مافيه من المنفعة في هذا الفرد الذى تصرف فيه من غير اذن ، فيجعل الضمان في ما زاد عن ذلك ، لأن تلك المنفعة مخصوصة بذلك الفرد المجاز ، لاتعلق لها بهذا الفرد الاخر .

نعم لوكان المأذون فيه داخلاً في ضمن الفرد المنهي عنه كما لو أذن له في تحميل الدابة قدراً معيناً ، فزاد عليه ، أو أذن له في ركوبها بنفسه فأردف غيره معه ، أمكن اسقاط قدر المأذون فيه ، فلاأجرة عليه من حيث كونه مأذونا ، وانما الأجرة فيمقابلة ما زاده ، ومثل ذلك مالوأذن له فيزرع حنطة فزرع حنطة وغيرها .

ونقل عن العلامة أنه فرق بين النهي عن التخطي ، وبين الاطلاق ، فأوجب الأجرة كملا مع النهي ، وأسقط التفاوت مع الاطلاق ، بمعنى أنه لوأمره بزرع الحنطة مثلا ونهى عن غيرها ، فانه بالمخالفة يضمن الأجرة كملا ، ولو لم ينهه بل أمره بها من غيرنهي عن غيرها ، فأنه مع المخالفة إلى غير الحنطة مما هوأضر يعتبر قدر منفعة الحنطة فيسقط من الأجرة ويؤخذ الأجرة على ما زاد .

وهو مبني على مذهبه الذي قدمنا نقله عنه من جواز المساوى والأقل ضرراً

وانما المحـرم ماكان أضر .

وأورد عليه في هذا التفصيل بأن الفرق غير واضح لأن التخطي غير مأذون فيه في كل من الفردين المذكورين ، غاية الأمر أنه فى صورة النهي جاء المنع من حيث النهي الذى نص عليه المالك ، وفى صورة الا طلاق وعدم النهي جاء المنع من حيث عدم الاذن ، اذقد علم من الشرع المنع من التصرف فيمال الغير بغير اذن المالك ، وهذا لايوجب اختلاف الحكم والله سبحانه العالم .

الثالثة : المشهور في كلام الأصحاب على وجه لايظهر فيه خلاف أنه يجوز اعارة الشاة للحلب وهي المسماة عندهم بالمنحة بالكسر قال في المسالك : « وجواز اعارة الشاة لذلك ثابت بالنص على خلاف الاصل ، لأن اللبن المقصود من الاعارة عين لامنفعة ، وعدوا الحكم إلى غير الشاة مما يعد للحلب من الانعام وغيرها .

وفى التذكرة : « يجوز اعارة الغنم للانتفاع بلبنها وصوفها ، وفى تعدى الحكم عن موضع الوفاق ان كان هو اعارة غير الغنم نظر للبن لعدم الدليل مع وجود المانع ، وهو أن الاعارة مختصة في الأصل بالاعيان ، ليستوفى منها المنافع ، والنص من طرقنا غير واضح ، ومن طرق العامة لايدل على غير الشاة » انتهى .

أقول : لايخفى ما في كلامه من التدافع بين صدره وعجزه ، فان صدره ظاهر فى وجود نص من طرقنا بهذا الحكم ، فانه حكم بثبوته بالنص على خلاف الأصل ومقتضاه كون ذلك النص من طرقنا كما لا يخفى ، ومقتضى كلامه أخيراً وقوله « والنص من طرقنا غير واضح ، ومن طرق العامة لايدل على غير الشاة » كون مستند هذا الحكم إنما هو النص الذى من طرق العامة ، وأنه لانص من طرقنا ، وهذا هو الحق الواضح ، فانه لامستند لهذا الحكم فى أخبارنا على الوجه الذى ذكروه .

نعم هنا أخبار قد استند اليها في التذكرة حيث ذهب في الكتاب المذكور الى جواز اعارتها للانتفاع باللبن والصوف ، قال يجوز اعارة الغنم للانتفاع

بلبنها وصوفها وهي المنحة ، وذلك لاقتضاء الحكمة اباحته ، لان الحاجة تدعو الى ذلك ، والضرورة تبيح مثل هذه الاعيان كما في استيجار الظئر .

وقد روى العامّة عن النبي (١) (صلى‌الله‌ عليه وآله) أنه قال : « المنحة مردودة » والمنحة هي الشاة .

ومن طرق الخاصة مارواه الحلبي (٢) في الحسن عن مولانا الصادق عليه‌السلام : « في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سمناً شيئاً معلوماً أو دراهم معلومة من كل شاة كذا وكذا في كل شهر ، قال : لا بأس بالدراهم ولست أحب أن يكون بالسمن » .

وفي الصحيح عن عبدالله بن سنان (٣) « أنه سأل الصادق عليه‌السلام عن رجل دفع الى رجل غنمه للسمن ودراهم معلومة لكل شاة كذا وكذا في كل شهر ، قال : لا بأس بالدراهم ، فأما السمن فلا أحب ذلك ، الا أن يكون حوالب فلا بأس » ، واذا جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى ، انتهى .

أقول : قد قدمنا الكلام على هذه الأخبار ، وبيان ما اشتملت عليه من الحكم المذكور في المسئلة الرابعة من الفصل الحادي عشر من كتاب التجارة (٤) .

وظاهر العلامة هنا حملها على العارية ، مع أنه في المختلف بعد أن رد على ابن ادريس في انكاره هذه المعاملة ، ومنعها حيث أنها ليست بيعاً ولا اجارة ، قال : والتحقيق أن هذا ليس ببيع ، وإنما هو نوع معاوضة ومراضاة غير لازمة ، بل سائغة ولا منع في ذلك ، انتهى .

على أن بعض الأخبار المشار اليها قد اشتمل على البقر أيضاً كما قدمنا ثمة وهو لا يقول به ، والظاهر منها أيضاً بعد ضم بعضها الى بعض أن المنافع التي يستوفيها الراعي فيها إنما هو في مقابلة رعيها وحفظها وحراستها .

---

(١) النهاية : لابن الاثير ج ٤ ص ٣٦٤ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٧ ص ١٢٧ ح ٢٥ و ٢٧ ، الكافي ج ٥ ص ٢٢٣ ح ١ وص ٢٢٤ ح ٤ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢٦٠ ح ١ و ٤ .

(٤) ج ٢٠ ص ٦٠ .

ومما هو ظاهر في ذلك رواية ابراهيم بن ميمون(١) أنه سأل أبا عبدالله عليه السلام قال : نعطي الراعي الغنم بالجبل يرعاها ، و له أصوافها وألبانها ويعطينا الراعي لكل شاة درهماً ؟فقال : ليس بذلك بأس » الحديث .

وبالجملة فان حملها على العارية كما ذكره بعيد غاية البعد ، ويؤيد ذلك اتفاق الأخبار المذكورة على الاشتمال على أخذ العوض ، مع أن العارية لاعوض فيها ، ويزيده تأييداً أيضاً أن المستفاد من أخبار العارية أن المستعير انما له الانتفاع بالعين فيما يترتب عليها من وجوه الانتفاعات إن كان الاذن عامّاً ، وأما استيفاء الأعيان منها كاللبن والسمن ونحو ذلك فلم يقم عليه دليل ، وهذه المسئلة إنما أخذها الاصحاب من العامّة ، وهذه التسمية بالمنحة إنما هي في حديثهم المروي من طريقهم ، والا فأحاديثنا خالية عن ذلك بالكلية .

وبالجملة فانه لامستند لهذا الحكم ظاهراً الا مايتراءى من دعوى الاتفاق إن تم ، والا فالحجة غير واضحة ، وأما تعليل العلامة لذلك بقوله فيما قدمنا من كلامه باقتضاء الحكمة اباحته فعليل ، والله سبحانه العالم .

الرابعة : قد تقدم أن العارية من العقود الجائزة ، وللمالك الرجوع فيها ، سواء كانت مطلقة أو مقيّدة بمدة الا في بعض المواضع التي تقدم استثنائها وتقدم نقل خلاف ابن الجنيد في الأرض البراح يعيرها للبناء والغرس اذا قيّد الاعارة بمدة ، في أنه ليس له الرجوع حتى تنقضي المدة ، فحكم بلزومها من طرف المعير حتى تنقضي المدة ، والمشهور خلافه .

بقي الكلام في أنه لو أذن له في البناء أو الغرس أو الزرع ثم طلب إزالته بعد ذلك ، فظاهر الأصحاب أن له ذلك من حيث جواز الرجوع متى شاء ، ولكن عليه الأرش من حيث الاذن ، وخالف الشيخ في الزرع ، فقال : ليس له المطالبة

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٢٧ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢٦٠ ح ٢ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قبل ادراكه وان دفـع الأرش ، لأن له وقتـاً ينتهي اليه ، واقتـفاه ابن ادريس في ذلك .

والأقرب بناءً على قواعـدهم في البـاب من حيث ان الاعارة من العقـود الجائزة هو جواز الرجوع مطلقاً ، الا ما قام الدليل على خروجه ، ولا دليل هنا وحديث (١) « الضرر والضرار » لازم من الطرفين ، فلايمكن الترجيح به ، فيجب الرجوع الى الأصل من تسلط النـاس على أموالهم ، مع أنه يمكن الجمع بـين الحقين ، واندفاع الضرر من الجانبين ببذل الأرش من المعـير .

والمراد بالأرش على ماقالوا : تفاوت ما بين كونه منزوعاً من الأرض وثابتاً فيها ، قال في التذكرة : ولكنه مخيّر بين أن يقلعه و يضمن الأرش ، وهو قدر التفاوت بين قيمته مثبتاً ومقلوعاً الى آخر كلامه ، وهل المـراد بكونه ثابتاً في تلك الأرض في صورة تقويمه كذلك هو ثبوته مجاناً أو بأجرة .

قال في المسالك : كلام الشيخ في المبسوط صريح في الأول ، وهـو الظاهر من كلام المصنّف والجماعة ، مع احتمال اعتبار الثاني ، والى هذا الاحتمال مال (رحمه الله) ، ونقله عن التذكرة في غير هذا الموضع كما يأتي في كلامه .

وعلّل الأول بأن وضعه في الأرض لما كان صادراً عن إذن المالك تبرعاً اقتضى ذلك بقاؤه تبرعاً كذلك ، وإنما صير الى جواز القلع بالأرش جمعاً بين الحقـين ، فيقوم ثابتاً بغير أجرة مراعاةً لحق المستعير ، ويقلع مراعاةً لحق المعير .

وعلّل الثاني بأن جواز الرجوع في العارية لامعنى له الا أن تكون منفعة الأرض ملكاً لصاحبها ، لاحق لغـيره فيها ، وحينئذ فلا يستحق الابقاء فيها الا برضاه بالاجرة . وحق المستعير يجبر بالأرش ، كما أن حق المعير يجبر بالقلع ، وبأخذ الأجرة لو اتفقـا على ابقائه بها ، قال : وهذا هـو الأقوى ، واختاره في التذكرة في غير محله استطراداً .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٢ ، الوسائل ج ١٧ ص ٣٤١ ح ٣ و ٤ .

أقول: ومن هذا التعليل يظهر وجه ضعف التعليل الأول ، لأن مبنى التعليل الأول على أن اذن المالك في وضع هذه الأشياء في أرضه اقتضى بقاؤها فيها تبرعاً ، وقد رده في التعليل الثاني بأن جواز الرجوع في العارية لايتوجه الابأن يكون منفعة الأرض لصاحبها لاحق لغيره فيها ، إذلو كان لغيره حق فيها لم يتوجه جواز الرجوع فيها ، وإذا لم يكن لغيره حق فيها فكيف يتجه ما ذكره في ذلك التعليل من بقائه تبرعاً بسبب الأذن في الوضع ، وحينئذ فلابد في تقويمه باقياً من اعتبار الأجرة ، إذ البقاء إنما يتوجه بها .

وبالجملة : فان الأذن في الوضع إنما اقتضى صحة التصرف ، وأن لايكون غصباً ولاموجباً للمؤاخذة والاثم ، وبرجوع المالك في ذلك بعد ذلك لايستحق البقاء فيها الا بالأجرة ان تراضيابها وحينئذ فاذا أريد التقويم بعد الرجوع لأخذ الأرش إنما تقوم باقية بالأجرة حيث انـه لايستحق البقاء بعد الرجوع بدونها ، وتقوم مقلوعة ، فيوخذ بالتفاوت بين القيمتين هذا مقتضى كلامه ، وهو جيد بالنظر الى هذه الاعتبارات ، والبناء على هذه التعليلات ، وينبغي أن يعلم أن ثبوت الأرش إنّما يكون في صورة اختلاف حالتي القلع والبقاء ، وحيث ينتفي الاختلاف كما في صورة ادراك الزرع وبلوغه ، فانه متى رجع المالك في تلك الحال فانه لا أرش .

ولو بذل المعير قيمة البناء أو الغرس أو الزرع لم يجب على المستعير اجابته ، بل له قلعه وازالته مع أخذ الأرش من المعير ، وكذا لو بذل المستعير قيمة الأرض أو الأجرة لم يجب على المعير اجابته ، لأن كلاً منهما مسلط على ملكه ، لايجوز التصرف فيه الا برضاه .

وخالف الشيخ في الأول فأوجب على المستعير الاجابة اذا بذل المعير قيمة الأشياء المذكورة معللا ذلك بعدم الضرر على المعير ، وقد تقدم نقل كلامه في الفائدة الرابعة من الفصل الأول (١) وضعفه ظاهر ، فان مجرد انتفاء الضرر على

(١) ص٤٨١

المالك غير كاف في جواز تملك ماله بغير رضاه .

والمشهور : أن للمستعير بيع أبنيته وغرسه ولو على غير المالك ، حيث أن الجميع ملك له يتصرف فيه كيف شاء .

وقيل لا يجوز له بيعه على غير المعير لعدم استقرار ملكه برجوع المعير ، وفيه أن عدم استقرار ملكه غير مانع من البيع ، كما يباع المشرف على التلف ، ومستحق القتل قصاصاً وحينئذ فان كان المشترى جاهلا تخير بعد العلم بين الفسخ وعدمه ، وان كان عالماً كان حكمه حكم المستعير فيما يترتب على ذلك ، ولو اتفقا جميعاً على بيع ملكيهما بثمن واحد صح ، ووزع الثمن عليهما ، فيقسط على أرض مشغولة به على وجه الاجارة ، مستحق القلع بالأرش أو الأبقاء بالاجرة أو التملك بالقيمة مع التراضى ، وعلى ما فيها مستحق القلع على أحد الوجوه فلكل قسط ما يملكه ، هذا .

وقد صرح جملة منهم بأنه ليس للمالك المطالبة بالازالة إلا بعد دفعه الأرش أولاً ، والا فلا يجب اجابته الى ما طلب ، وعلل باحتمال تعذر الرجوع اليه با فلاس أو غيبة أو نحوهما فيضيع حق المستعير ، ويلزم الضرر عليه بخلاف ما إذا دفع أولاً .

ولو قيل : بأنه مع الدفع أولا يمكن أيضاً أن يهرب المستعير أيضاً ، ويتعذر مباشرته للقلع ، فيرجع الضرر على المعير أيضاً .

قلنا : هذا الضرر يمكن دفعه ، بجواز مباشرة الغير لذلك باذن الحاكم الشرعى مع امكانه ، أولا معه مع تعذره ، فلا ضرر حينئذ والله سبحانه العالم .

الخامسة : قال في التذكرة : يجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والأستظلال بالبناء والشجر ، لأنه جالس على ملكه ، وليس له الانتفاع بشيء من الشجر بثمر ولا غصن ولا ورق ولا غير ذلك ، ولا بضرب وتد في الحائط ، ولا التسقيف عليه وليس للمستعير دخول الأرض للتفرج إلا باذن المعير ، لأنه تصرف غير مأذون

فيه ، نعم يجوز له الدخول لسقي الشجر ومرمة الجدار وحراسة لملكه عن التلف والضياع ، انتهى .

وعلى هذا المنوال عباراتـه في سائر كتبه و عبائرغيره في هـذا المجال ، والوجه فيه أنه إذا أعاره أرضاً للغرس فيها فانه يجوز لكل منهما دخولها .

أما المعير فانه المالك لعينها ، فله الدخول في كل وقت شاء وله الاستظلال بالشجر وإن لم يكن ملكه ، لانه جالس في ملكه كما لوجلس في أرض مباحـة و اتفق له التظليل بشجر غيره ، وانما يمنع من التصرف في الغرس خاصة .

وأما المستعير فلانه يملك الغرس الذى فيها ، فله الدخول لأجل اصلاحه ، والقيام به بسقي ونحوه مما يتوقف عليه حفظه وحراسته وليس له الدخول لغرض آخر غير مايتعلق بالغرس من التفرج ونحوه ، حيث أن الاستعارة وقعت مخصوصة بالغرس دون غيره .

وظاهرهم أنه لايجوز له الجلوس والاستظلال حيث أنهم خصوا ذلك بالمعير ، ووجهه ظاهـر كما عرفت ، ولم يذكـروا ذلك في المستعير ، الا أن الشهيد في اللمعة صرح بجواز ذلك لهما .

و علله الشارح بالنسبة الى المستعير بقضاء العادة بـذلك ، و مقتضى منعهـم المستعير هنا من الدخول للتفرج ، أنـه لايجوز للغير دخـول أرض غيره لـذلك بطريق الأولى الا باذن المالك ، وينبغى أن يستثـنى من ذلك ما إذا كان المالك صديقا يعلم منه أويظن الرضاء بذلك ، والله سبحانه العالم .

السادسة : لاخلاف بين الأصحاب في أنه لايجوز للمستعير اعارة العين بدون إذن المالك ، والوجـه فيه ظاهر لما تقدم ان من شروط الاعارة أن يكون المعير مالكا للمنفعة ، والمستعير ليس كذلك ، ولهذا لايجوز له أن يؤجروان كان لـه استيفاء ها من حيث الاذن المترتب على الاعارة .

ويؤيده أن الاصل عصمة مال الغير عن التصرف فيه الاباذن مالكه ، والاعارة

انما اقتضت تصرف المستعير خاصة ، فيبقى غيره داخلا تحت المنع ، وأيضا فان الاعارة انما تفيد اباحة الانتفاع ، والمستبيح لايملك نقل الاباحة الى غيره ، كالضيف الذى أبيح له الطعام ، فانه ليس له أن يبيحه الى غيره .

نعم يجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه أو وكيله ، وهذا لايعد اعارة ، لان النفع المستوفي عائد الى المستعير لاالى الوكيل، ولم ينقل الخلاف هنا الاعن بعض العامة .

قال فى التذكرة : وقال أبوحنيفة : يجوز للمستعير أن يعيره وهو الوجه الآخر للشافعية ، لأنه يجوز اجارة المستأجر للعين ، فكذا يجوز للمستعير أن يعير لأنه ، تمليك على حسب ماملك .

والفرق أن المستأجر يملك بعقد الاجارة الانتفاع على كل وجه ، فلهذا ملك أن يملكها ، وأما فى العارية فانه ملك المنفعة على وجه ما أذن له ، فلا يستوفيه غيره فافترقا ، انتهى .

والأظهر فى التعبير عن بيان الفرق أن مقتضى الا جارة تمليك المنفعة ، ورفع يدالمالك عنها ومقتضى العارية أباحتها خاصة ، مع تسلط المالك عليها بالرجوع وان كان كلامه يرجع الى ذلك ، وبذلك يظهر أن ما ذكره أبو حنيفة ومن تبعه قياس مع الفارق .

بقى الكلام في أنه لوخالف المستعير فأعار غيره فالظاهر أنه لاخلاف في أن للمالك الرجوع فيالعارية الثانية بأجرة المثل ، وبدل العين لوتلفت علىمن شاء منهما ، لكن لورجع على المعير لم يرجع على المستعير اذاكان جاهلا بالحال ، فانه مغرور ، وقد سلطه عليه بغيرعوض ، الا أن يكون العارية مضمونة فيرجع عليه من هذه الحيثية ببدل العين خاصة لو تلفت كما هو حكم العوارى المضمونة ، ولو كان عالماً استقر الضمان عليه كالغاصب .

وقال فى التذكرة : وان رجع على المعير بأجرة المثل كان له الرجوع على المستعير العالم ، وفى الجاهل اشكال ، وكذا العين ، ونحوه فى القواعد ،

والظاهر أن وجه الاشكال ـ كما ذكره بعض شراح القواعد ـ ينشأ مما تقدم مما يدل على عدم الرجوع ومن أنه قد استوفى المنافع ، فيرجع عليه .

وأنت خبير بأن الموافق لقواعدهم انما هو عدم الرجوع لما عرفت من الوجه المتقدم ، ومجرد استيفاء المنافع مع تسليطه عليها مجاناً لا يوجب الرجوع عليه ولو رجع على المستعير قال في المسالك : رجع على المعير بما لا يرجع عليه به ، لو رجع عليه ، لغروره .

وهو ظاهر في رجوعه عليه بأجرة المثل وبدل العين مع فقدها ، وهي التي لا يرجع بها المعير على المستعير مع الجهل ، فانه يرجع بها المستعير هنا على المعير ، لأنه قد غره باعارته له وهو جاهل ، وتصرف فيه بناء على أن ذلك مجاناً ، فلما رجع عليه المالك وأغرمه استحق الرجوع على من أعاره وغره .

وقال في التذكرة : فان رجع على المستعير لم يرجع المستعير على المعير وان كان جاهلا على اشكال .

وأنت خبير بأن الموافق لقواعدهم انما هو ما ذكره في المسالك ، فان هذه المسئلة من جزئيات مسئلة من استعار من الغاصب ، والمعير هنا باعارته بدون اذن المالك غاصب ، فيترتب على اعارته ما يترتب على اعارة الغاصب .

وما ذكره في المسالك هو مقتضى ما فصلوه في اعارة الغاصب كما تقدم ذكره في المسئلة الرابعة من الفصل الثاني (١) .

السابعة : لو أذن له في غرس شجرة فانقلعت ، فهل يجوز له أن يغرس غيرها استصحاباً للاذن الاول ؟ قيل : نعم لما ذكر ، فان الاذن قائم مالم يرجع المعير .

وقيل : بعدم الجواز لأن الاذن انما وقع في ذلك الأول لا في غيره ، فقوله ان الاذن قائم مطلقا ممنوع ، ومثله الزرع والبناء ووضع الجذع ، الا أنه قال في التذكرة : لو انقلع الفصيل المأذون له في زرعه في غير وقته المعتاد ، أوسقط الجذع كذلك ، وقصر الزمان جداً فالاولى أن يعيده بغير تجديد الاذن ، انتهى .

(١) ص ٤٨٨

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الفصل الرابع فيما يلحق ذلك من الاحكام في المقام .

وفيه أيضاً مسائل : **الاولى :** لاخلاف بين الاصحاب في أن العارية أمانة في يد المستعير ، لاتستعقب الضمان الا في مواضع مخصوصة يأتي التنبيه عليها انشاء الله تعالى ، فلو تلفت في يد المستعير بغير تفريط ولا عدوان فلاضمان عليه ، سواء كان التلف بآفة سماوية أو أرضية .

وبذلك تكاثرت الأخبار فروى في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : اذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنها الا أن يكون قد اشترط عليه » وزاد في الكافي قال : وفي حديث آخر « اذا كان مسلما عدلاً فليس عليه ضمان » .

وعن عبدالله بن سنان (٢) في الصحيح « قال : قال أبو عبدالله عليه السلام لا تضمن العارية الا أن يكون قد اشترط فيها ضماناً الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضمان » .

وعن زرارة (٣) في الصحيح « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام العارية مضمونة ؟ قال : فقال : جميع ما استعرته فتوى ، فلا يلزمك تواه ، الا الذهب والفضة ، فانهما يلزمان الا أن يشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه ، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك يلزمك ، والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك » .

وروى المشايخ الثلاثة بأسانيدهم وفيها الصحيح عن محمد بن مسلم (٤) عن أبي جعفر عليه السلام « قال : سألته عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك أو تسرق قال : فقال : اذا كان أميناً فلاغرم عليه » .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٦ ح ١ و ٢ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ٢ و ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٩ ح ١ و ٢ التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ٧ و ٩ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ٤ ، الفقيه ج ٣ ص ١٩٢ ح ٢ التهذيب ج ٧ ص ١٨٢ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٧ ح ٧

وروى في الكافي والتهذيب في الصحيح عن عبد الله بن سنان (١) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العارية ؟ فقال : لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان مأمونا » .

وروى الشيخ عن الحلبي (٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام « قال :صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان ، وقال : ليس على المستعير عارية ضمان ، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن » .

وعن عبد الملك بن عمرو (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : ليس على صاحب العارية ضمان الا أن يشترط صاحبها الا الدراهم ، فانها مضمونة اشترط صاحبها أو لم يشترط » .

وعن اسحاق بن عمار (٤) في الموثق عن أبي عبدالله وأبي ابراهيم عليهما السلام « قالا : العارية ليس على مستعيرها ضمان ، الاما كان من ذهب أوفضة فانهما مضمونان اشترط أولم يشترط » .

ورواه في الفقيه باسناده عن اسحاق بن عمار أيضاً وعن محمد بن قيس (٥) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام « قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أعار جارية فهلكت من عنده ولم يبغها غائلة فقضى عليه السلام أن لايغرمها المعار ، ولا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة مالم يكرهها أو يبغها غائلة » .

وعن مسعدة بن زياد (٦) عن جعفر بن محمد عليه السلام « قال : سمعته يقول لاغرم على مستعير عارية إذا هلكت أو سرقت أو ضاعت إذا كان المستعير مأموناً » .

وأما مارواه الشيخ عن وهب (٧) عن جعفر عن أبيه أن علياً عليه السلام كان يقول :

---

(١)و(٢) التهذيب ج٧ ص١٨٢ ح١و٤ ، الوسائل ج١٣ ص٢٣٦ ح٣وص٢٣٧ ح٦ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٧ ص ١٨٤ ح ١١ و ص ١٨٣ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٠ ح ٣ و ٤ ، الفقيه ج ٣ ص ١٩٢ ح ١ .

(٥) الوسائل ج ١٣ ٢٣٧ ح ٩ .

(٦) و (٧) التهذيب ج ٧ ص ١٨٤ ح ١٦ و ص ١٨٥ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٧ ح ١٠ و ص ٢٣٨ ح ١١ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

من استعار عبداً مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن » فلا يخفى ما في حال راويـه من الضعف ، فلا يبلغ قوة في معارضة ما ذكرناه من الأخبار ، وحملها الشيخ على من استعار بغير إذن المالك ، وجوز حمله على من فرط ، وعلى من شرط عليه الضمان .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن تحقيق الكلام في المقام يقع في موارد ، **الاول :** المفهوم من كلام الأصحاب ان العارية تضمن في مواضع ، فهي عندهم مستثناة من القاعدة المتقدمة ، الأول اشتراط الضمان ، وهو متفق عليه نصاً وفتوى ، وقد تقدم في صحيح الحلبي أوحسنته الدلالة على ذلك ، و مثله صحيح عبدالله بـن سنان ، وصحيح زرارة .

الثاني : الذهب والفضة وعليه تدل جملة من الأخبار المذكورة ، وسيأتي في الموضع الثاني تحقيق الكلام في ذلك .

الثالث : التعدي والتفريط ، وعليه قوله في صحيح محمد بن قيس المتقدم ، ولا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبغها غائلة ، وأيضاً فان معنى عدم ضمان الأمانة في كل موضع ذكروه ليس إلا من حيث التلف مع عدم التعدي والتفريط ، فاستثنائه في الحقيقة مستغنى عنه .

الرابع : العارية من غير المالك ، ويدل عليه موثقة اسحاق بن عمار(١) عن أبي عبدالله عليه السلام وأبي ابراهيم عليه السلام قال إذا استعيرت عاريـة بغير إذن صاحبها ، فهلكت فالمستعير ضامن » .

وهذا الموضع في الحقيقة كسابقه ، لأن هذه كما تقدم تحقيقه ليست بعارية ، وان عبر عنها بذلك ، فان اعارة الثاني لها غصب ، فهذه الصورة في الحقيقة ترجع الى صورة التعدى والتفريط ، لتعدى المعير الثاني في اعارته بغير إذن المالك ،

الخامس: ما تقدم من عارية الصيد للمحرم ، وقد تقدم ما فيه من الاشكال بالنسبة إلى حق المالك في المسئلة الثالثة ، من الفصل الثاني وأما بالنسبة إلى حق

---

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٠ ذيل حديث ١ .

الله تعالى فلا اشكال فيه .

السادس : ما نقل عن ابن الجنيد من حكمه بضمان الحيوان قال على ما نقله عنه في المختلف ، وليس يضمن المعار تلف ماتلف منها إذا كان السلعة متاعاً الا أن يتعدى ، وما كان منها عيناً أو ورقاً أوحيواناً ضمن المعار تلف ذلك ، إلا أن يشترط المالك سقوط الضمان عنه .

ونقل في المختلف عنه الاستدلال بقوله (١) « على اليد ما أخذت حتى تؤدى » وبرواية وهب (٢) ولا يخفى ما في دليله المذكور من الوهن والقصور مع تظافر الأخبار كما عرفت بالعدم ، مضافاً الى الأصل ومما ذكرنا علم أن الاستثناء في التحقيق انما يتجه في المواضع الثلاثة الأول ، بل في الموضعين الأولين خاصة ، لما عرفت في الثالث من عدم الحاجة الى استثنائه ، وأن ذلك ظاهر من حكمهم بعدم ضمان الأمانة .

وقسم في المسالك العارية بالنسبة الى الضمان وعدمه مع الشرط وعدمه الى أقسام أربعة : أحدها : ما يضمن ، وان اشترط عدم الضمان ، وعدمن ذلك صورة التعدي والتفريط ، والصورتين التاليتين لها ، ثم قال : ويحتمل قوياً سقوطه في الأول ، لأنه في قوة اذن المالك له في الا تلاف مجاناً ، فلا يستعقب الضمان .

وأما الأخيرتان فالأمر فيهما واضح ، لأن اسقاط غير المالك الضمان لمال المعير لاعبرة به ، وكذلك اسقاط الضمان عن المحرم ، لانه ثابت عليه من عند الله سبحانه ، باعتبار كونه صيداً لا باعتبار كونه مملوكا .

أقول : ما احتمله في الصورة الأولى من هذه الثلاث وقواه جيد ، بل الظاهر أنه متعين .

وأما الأخيرتان فقد عرفت أنهما ليستا من باب العارية التي هي موضوع

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ١٧ الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٨ ح ١١ .

الكتاب ، ومحل البحث فيه ، وان تجوزوا فيهما باطلاق هـذا اللفظ فاطلاقهما وادخالهما في التقسيم لايخلو من اشكال .

وثانيها : مالا يكـون مضموناً وان اشترط الضمان ، وهـو استعارة المحل للصيد من المحرم ، قال : وقد تقدم تسمية المصنف له استعارة .

أقول : هذا أيضا مبني على القول بصحة الأعارة في الصورة المذكورة ، كما هو ظاهر جمع ممن قدمنا ذكره ، والتحقيق هـو البطلان كما تقدم بيان وجهه فلا ثمرة لعده هنا ، بناء على ما هو التحقيق في المسئلة .

وثالثها : ما يكون مضموناً إلا أن يشترط عدم الضمان وهو استعارة الذهب والفضة أقـول : ويضاف إليهما الحيوان بناء على مذهب ابـن الجنيد ، وإن كان قد عرفت ضعفه .

ورابعها : ما لايكون مضموناً الا أن يشترط الضمان ، وهـو باقي أقسامها .

أقول : وبما ذكرنا خلال كلامه ظهر أنه لاشيء من العارية يكون مضموناً الا أن يفرط ويتعدي فيه ، أو يشتـرط فيه الضمان ، الا الذهب والفضة ، فانهما مضمونان اشترط أو لـم يشترط ، وهـذا هومقتضى الأخبار التي قد منا ها ، والله سبحانه العـالم .

المورد الثاني لاخلاف ولا اشكال بـين الأصحاب في ضمان عارية الدراهم والدنانير من غير شرط ، لما تقدم من الأخبار المشتملة جملة منها على الذهب والفضة وبعض على الدنانير والدراهم .

وانما الخلاف والاشكال في غيـرهما من الذهب والفضة ، كالحلي المصوغ والسبائك ونحوهما ، ومنشأ الخلاف من حيث اشتمال بعض الاخبار على الذهب والفضة بقول مطلق ، واشتمال بعض على خصوص الدراهم والدنانير ، فمن ذهب الى العموم نظـر الى الاخبار الدالة على استثنـاء هما من عموم عدم الضمان في العارية ، وان تخصيص الدراهم والد نانـير بالذكر في بعض آخر ، انما هو من

حيث كونهما أحد أفراد الذهب والفضة ، ولامنافاة بينهما ، ومن ذهب الى التخصيص بالدراهم والدنانير نظر الى أن ما دلّ على الذهب والفضة مطلق ، وما دلّ على الدراهم والدنانير مقيّد ، ومقتضى القاعدة العمل بالمقيد ، وتقييد المطلق به .

وأيّده بعضهم بأن منفعة الدراهم والد نانير منحصرة في الاتلاف ، فكانت مضمونة بالاعارة ، وأما غير هما من المصوغ فان له منفعة مع بقاء عينه ، وهي التجمل ونحوه ، ومن أجل ذلك توقف في المسئلة جملة من الأصحاب منهم العلامة في التذكرة ، وهو في محله لما عرفت من تعارض احتمال الجمع بين روايات المسئلة ، الا أنه يمكن أن يقال أن نصوص هذه المسئلة على أقسام ثلاثة :

منها ماهو مطلق في عدم الضمان من غير تقييد ، كحسنة الحلبي (١) و صحيحة محمدبن مسلم (٢) وصحيحة عبدالله بن سنان (٣) وصحيحه الحلبي (٤) ورواية مسعدة بن صدقة (٥) فان الجميع مشترك الدلالة في عدم الضمان في العارية من غير فرق بين كونها ذهباً أوفضة أو غيرهما .

ومنها مادل على استثناء الذهب والفضة من هذا الحكم ، وأنه يضمن الامع اشتراط العدم ، وهو صحيح زرارة (٦) وموثق اسحق بن عمار (٧) .

ومنها مادل على استثناء الدراهم والدنانير وهو خبر عبدالملك بن عمرو (٨) ، حيث ورد باستثناء الأول ، وصحيح عبد الله بن سنان (٩) حيث ورد باستثناء الثاني ، والاستثناء في جميع هذه الاخبار انما وقع من العموم الذي دلت عليه أخبار القسم الأول .

وحينئذ فيجب اخراج الدراهم والدنانير واستثناء هما على كل حال من ذلك العموم ، لتصريح بعض الأخبار بهما بخصوصها ودخولهما في الذهب والفضة اللذين اشتمل عليهما البعض الآخر ، بقي العموم فيما عداهما مع معارضته بمطلق

---

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٦ ح ١ و ٣ و ص ٢٣٧ ح ٧ و ٦ و ١٠ والراوى هو مسعدة بن زياد كما تقدم .

(٦) و (٧) و (٨) و (٩) الوسائل ج١٣ ص٢٣٩ ح٢وص٢٤٠ ح٤و٣ ص٢٣٩ ح١ .

الذهب والفضة ، ومقتضى القاعدة تخصيص العموم بهما ، فيجب استثنـاء هما من العموم المذكور ، والقول بالضمان فيهما اشترط او لم يشترط الامع اشتراط العـدم .

وأما ماذكره القائل بالتخصيص من أن الذهب والفضة مطلق ، والدراهم والدنانير مقيد ، فيجب تقييد هما بذلك ، ففيه أنه لاتعارض بين أخبار الذهب والفضة ، وبين أخبار الدراهم والدنانير ليجب ارتكاب الجمع بينهما بتقييد المطلق منهما بالمقيد ، وانما كل من هذين الفردين قدوقع مستثنى من العموم الأول ، ومخصصاً له ، فاخرجنا الدراهم والدنانير من ذلك العموم ، لاتفاق الأخبار على استثناء هما كما عرفت وبقي الكلام فيما عدا أخبار الدراهم والدنانير وقد عرفت وجه الجمع فيه .

وبالجملة فان العموم الذى دلت عليه أخبار القسم الأول قدخصص بمخصصين ، أحدهما أعم من الآخر ، فيجب أن يخص ذلك العام بكل منهما ، أو يقيد مطلقه بكل منهما ، ولامنافاة بين ذينك المخصصين ، على أن أحد هما يخصص الآخر أو يقيده ؛ وهو بحمد الله سبحانه ظاهر .

وأما التعليل بأن الدراهم والدنانير تنحصر منفعتهما في الاتلاف ، فكانت مضمونة بخلاف غيرهما : ففيـه أولاً أن هذه العلة لا أثر لها في النصوص ، فهي مستنبطة ، و ثانيـاً الانتقاض بالنقاد والسبائك ونحوهما مما لا يترتب عليه أثـر بالتجمل والتزيّن الذي ذكروه في المصوغ ، على أن ظاهر كلام المبسوط والخلاف أن للدراهم والدنانير منفعة غير الاتلاف كما سيأتي انشاء الله في كتاب الاجارة .

وأما ما تكلفه صاحب الكفاية في هذا المقـام ، وزعم به عدم ثبوت الضمان في الذهب والفضة ، فلا يخفى ما فيه ، وحاصل كلامه أنه قد وقع التعارض بـين المستثنى منه في خبر الدراهم والدنانـير ، وحاصله أنه لا ضمان في غير الدراهم والدنانير ، فهـو يدل على عدم الضمان في الذهب والفضة ، وبين المستثنى في خبر الذهب والفضة ، وحاصله أنه لاضمان في غير الذهب والفضة ، فهو يدل على الضمان

فيهما ، والنسبة بين الموضعين العموم من وجه الى آخر كلامه .

وفيه أنه إن سمي هذا تعارضاً يحتاج الى الجمع فانه وارد عليه في الدراهم والدنانير ، فانه لم يقع استثناءهما في محل واحد بل دلّ صحيح عبدالله بن سنان على استثناء الدنانير خاصة . وحاصله أنه لا ضمان في العارية الا أن يكون دنانير ، وبموجبه أنه لا ضمان في الدراهم ، ودلّ خبر عبدالملك بن عمرو على استثناء الدراهم خاصة ، وحاصله أنه لاضمان في العارية الا أن يكون دراهم وهو ظاهر في عدم الضمان في الدنانير ، فيجرى فيه ما أورده ثمة ، والتعارض بين المستثنى منه في كل من الخبرين ظاهر ، ولا نراه تكلفاً للجمع بينهما هنا ، مع ظهور التعارض كما عرفت ، بل عمل بالخبرين ، وخصص بهما عموم الأخبار الدالة على أنه لاضمان في العارية ، وما نحن فيه من أخبار الذهب والفضة مع أخبار الدراهم والدنانير كذلك ، حيثما شرحناه .

وبما أوضحناه يظهر قوة القول باستثناء الذهب والفضة ، ووجوب ضمانهما ، والله سبحانه العالم .

المورد الثالث : ظاهر جملة من الاخبار المتقدمه أنه يقبل قول المستعير لو ادعى التلف بغير يمين ، وفتوى الأصحاب على خلاف ذلك ، حيث انهم صرحوا بأنه إنما يقبل قوله بيمينه ، ونقل في التهذيب عن ابن بابويه (١) أنه قال : مضى مشايخنا (رحمة الله عليهم) على أن قول المودع مقبول ، وأنه مؤتمن ولايمين عليه .

وقد روى (٢) أن رجلاً قال للصادق عليه السلام : بأني ائتمنت رجلا على مال أودعته عنده ، فخانني وأنكر مالى فقال : لم يخنك الأمين ، وإنما ائتمنت الخائن انتهى .

وظاهر هذا الكلام يدل على أنه في كل موضع يحكم بكون المال أمانة فلا يمين على من هو بيده لو ادعى تلفه أو أنكره ، ويدخل فيه العارية والوديعة

(١) و (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨١ في ذيل ح ٨ و ح ٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٦ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

والقراض ونحوها مما حكم بكون المال فيه أمانة ، مع أن صريح كلام الاصحاب في هذه الأبواب كما صرحوا به في غير كتاب ـ هو أنه لا يقبل قول أحد من هؤلاء الا مع اليمين ، ولم أقف في الأخبار الواردة في هذه الأبواب على ما يدل على ما ادعوه ، بل ظاهرها إنما هو قبول قولهم بغير يمين .

وقد تقدم في كتاب الوديعة جملة من الأخبار الدالة على ماقلناه ، ومثلها الأخبار الواردة هنا في العارية ، فان ظاهرها أنه متى كان المستودع أو المستعير مأموناً فلا ضمان عليه ، بمعنى أنه يقبل قوله بمجرد دعواه التلف ، أو الانكار ، فان قوله عليه‌السلام في صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة : « إذا كان أميناً فلا غرم عليه » ، ظاهر فيما ذكرناه .

لا يقال أن العارية إنما تضمن باشتراط لضمان ، وبدونه لاضمان ، فلاغرم فيها لأنّا نقول : نعم إذا علم المالك بالتلف ووافق عليه فلا ضمان هنا الا مع الشرط وأما مع عدم ذلك بل ادعائه بقاء العين أو التفريط فيها فالذي صرحوا به أنه لايقبل قوله إلا باليمين ، و هذا محل البحث في المسئلة ، فان ظاهر هذا الخبر كما ترى أنه متى كان المستعير أميناً فلا غرم عليه وهو ظاهر في قبول قوله من غير يمين .

قال شيخنا المجلسي (قدس سره) في حواشيه على هذا الخبر : يمكن أن يكون المراد بالأمين من لم يفرط في حفظها أو المعنى أنه لما كان أميناً فلاغرم عليه ، وبالجملة لولا الاجماع لكان القول بالتفصيل قوياً ، انتهى .

أقول : لايخفى أن ارتكاب التأويل في الخبر فرع المعارض ، وليس إلا الاجماع الذي أشار اليه ، وهولاتصلح للمعارضة لما ذكره هو وغيره من المحققين في هذه الاجماعات ، مع أنك قد عرفت خلاف الصدوق (رحمه الله) في المسئلة ، مع جماعة من مشايخه الذين نقل عنهم ذلك .

ومثله الشيخ في النهاية كما قدمنا نقله عنه في كتاب الوديعة وغيرهم ممن

تقدم ذكره ، فالاجماع غير ثابت لوسلم حجيته .

على أن ما ذكره من التأويل بحمل الأمين على من لم يفرط في حفظها بعيد جداً ، لعدم جريانه في ما اذا ادعى المالك عليه التفريط مع عدم العلم بعدم التفريط ، الامن قبل المستعير ، ولأنه تخصيص لمعنى الأمين ، والعدل بمن غير مخصص ، بل استعمالهما في غير معناهما المتبادر لغة وشرعاً ، بل المستفاد من الخبر انما هو المعنى الثاني الذي ذكره ، ونحو الخبر المذكور قوله عليه السلام في صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة « لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان مأمونا » ، والمرسلة (١) التي نقلها في الكافي عقيب حسنة الحلبي ، وكتب شيخنا المتقدم ذكره في حاشيته ، على هذه المرسلة أيضاً ما صورته ، ربما يحمل الخبر على أنه اذا كان مسلماً عدلاً ينبغي أن لا يكلفه المعير اليمين ، فيلزمه بنكوله الضمان . أو يحمل العدل على من لم يقصر ولم يفرط ، وهما بعيدان ، والمسئلة في غاية الاشكال ، انتهى .

أقول : ما استبعده من الاحتمالين في محله ، فان ظاهر الخبر المذكور هو قبول قول المستعير متى كان كذلك من غير يمين ، لأنه مع التكليف باليمين والنكول عنها يلزمه الضمان كما هو مقتضى القواعد ، مع أن الحديث مصرح بنفي الضمان مطلقا ، وتفسير نفي الضمان بمعنى أن الأولى للمعير أن لا يكلفه باليمين تعسف صرف ، وكذا حمل العدل على المعنى الذي اعترف ببعده .

وأما قوله أن المسئلة في غاية الاشكال ، ففيه ما عرفت مما شرحناه بحمدالله تعالى الملك المستعان من أنه لا اشكال بعد دلالة الأخبار على ما ذكرناه من أخبار هذا الباب وغيره كما تقدم ، وسيأتي انشاءالله تعالى .

وعدم وجود خبر يدل على ما ادعوه وليس إلا مجرد الشهرة التي سموها اجماعاً لما عرفت من وجود المخالف ، ومن ذلك أيضا قوله عليه السلام في رواية مسعدة

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ في ذيل ح ١ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بن زياد المتقدمة لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت أو سرقت أو ضاعت اذا كان المستعير مأموناً .

وسيأتي انشاء الله تعالى في كتاب الاجارة جملة من الأخبار الدالة على صحة ما ادعيناه زيادة على ما ذكرناه هنا وما تقدم في كتاب الوديعة .

المسئلة الثانية : قالوا : اذا رد العارية الى المالك أو وكيله برء ، واذا ردها الى الحرز لم يبرء ، ولو استعار الدابة إلى مسافة فجاوز بها ضمن ، ولو أعادها الى الاولى لم يبرء .

أقول : قد اشتمل هذا الكلام على ثلاثة من الأحكام ، أما الأول منها وهو براءة المستعير من العارية متى ردها على المالك أو وكيله ، فظاهر لاريب فيه .

وأما الثاني وهو عدم البراءة بالرد الى الحرز كالدابة الى الاصطبل مثلا ، فالوجه فيه الخبر الدال (١) « على أن على اليد ما أخذت حتى تؤدي » فأن المراد من الأداء في الخبر هو الدفع الى المالك أو وكيله ، لامجرد ردها في داره أو اصطبله ، بل مقتضى القاعدة أن تكون مضمونة عليه بعد ذلك ، وان لم تكن مضمونة أولاً لتفريطه في وضعها في موضع لم يأذن له المالك فيه ، اذ لو تلفت بعد وضعها في الموضع المذكور وقبل أن يتسلمها المالك لزمه ضمانها ، لماقلناه ، وهذا لا خلاف فيه عندنا .

وانما نقل فيه الخلاف عن أبي حنيفة قال : في التذكرة اذا رد المستعير العارية الى مالكها أو وكيله برء من ضمانها ، وان ردها الى ملك مالكها بأن حمل الدابة الى اصطبل المالك فأرسلها فيه ، أو ردها الى الدار لم يزل عنه الضمان ، وبه قال الشافعي ، بل عندنا أن لم تكن العارية مضمونة فانها تصير بهذا الرد مضمونة لأنه لم يدفعها الى مالكها ، بل فرط بوضعها في موضع لم يأذن له المالك بالرد اليه ، كما لو ترك الوديعة في دار صاحبها ، فتلفت قبل أن يتسلمها المالك ،

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ ح ١٢

لأنه لم يردها الى صاحبها ، ولامن ينوب منابه ، فلم يحصل الرد ، كما لو ردها الى أجنبي .

وقال أبو حنيفة ، اذا ردها الى ملك المالك صارت كأنها مقبوضة لان رد العوارى في العادة الى أملاك أصحابها ، فيكون مأذوناً فيه من طريق العادة وهو غلط ، لأنه يبطل بالسارق اذارد المسروق الى الحرز ولا تعرف العادة التي ذكرها فيبطل ما قاله ، انتهى وهو جيد .

وأما الثالث وهو ما لو استعار الدابة الى مسافة مخصوصة فتجاوزها ، فان الوجه في الضمان هنا أنه قد تعدى في العارية من وقت المجاوزة ، فكان ضامناً لها الى أن يردها الى المالك هذا بالنسبة الى ضمان العين لو تلفت فأما ضمان المنفعة وهو أجرة الدابة فعندهم أنه يثبت في المسافة المتجاوز بها عن موضع الاذن ذهاباً وإياباً الى أن يرجع الى الموضع المأذون فيه ، لأنه في هذه المدة غاصب . ولاتبطل الاعارة بذلك ، فيكون تصرفه فيها بعد رجوعه الى المكان المأذون فيه الى أن يردها على المالك ، جايزاً لدخوله في الاعارة ، فانه مأذون فيه ، وانما حصل التعدي الموجب للاجرة في تلك المدة المتوسطة ، وان كان أصل العين مضمونة بذلك التعدى الى أن ترد على المالك .

ونقل في التذكرة عن بعض الشافعية أنه يضمن الأجرة أيضاً كالعين الى أن يردها على المالك ، محتجاً بأن ذلك الاذن قدانقطع بالمجاوزة ، ثم رده بأنه ممنوع .

أقول : حيث انه سابقا قبل هذا الكلام قال : وهل يلزمه الأجرة من ذلك الموضع الذي وقع فيه العدوان الى أن يرجع الى البلد الذى استعارمنه الأقرب العدم لأنه مأذون فيه من جهة المالك ، وهو أحد وجهى الشافعية .

والثاني اللزوم ثم نقل القول الذى ذكرناه ورده هنا بالمنع من انقطاع الاذن بالمجاوزة .

و أنت خبير بأن المعير انما أذن في تلك المسافة المعينة ذهاباً وإياباً

وهو بتجاوزه عن المسافة الى ما زاد عليها قدحكموا عليه بضمان العين من حيث التعدي والتفريط ، الى أن ترد سالمة على المالك ، وظاهر ذلك هو زوال العارية بهذا التعدى ، حيث ان المفروض أنها غير مضمونة وانما حصل الضمان بهذا التعدي الموجب للخروج عن كونها عارية ، وحينئذ فكما أثّر هذا التعدي في زوال العارية بالنسبة الى ضمان العين ، فلم لا يكون كذلك بالنسبة الى ضمان المنفعة ، لأن مقتضى العارية العدم ، فلا وجه لحكمهم هنا بضمان المنفعة في خصوص موضع التعدي إذ التعدى إن كان موجباً للخروج عن العارية ، فينبغي أن يكون بالنسبة الى ضمان العين ، وضمان المنفعة ، والا فلاوجه للفرق بأن يكون ضمان العين مستمراً الى الرجوع الى المالك .

وضمان المنفعة ينقطع بالرجوع الى محل التجاوز عن موضع الاذن ، سيما أنهم صرحوا كما قدمنا ذكره بأنه في صورة ضمان المنفعة بأنه لا تبطل الاعارة ، وان كان عاصياً في تلك المدة المتوسطة ، فلم لا يقال بذلك أيضاً في صورة ضمان العين بأن الاعارة باقية ، ومقتضيها عدم ضمان العين الا في المدة التي تجاوز عنها حتى يرجع اليها ، لا أنه يستمر الضمان الى الرد على المالك .

وكما أن الرجوع من محل التجاوز الى بلد الاعارة مأذون فيه ، كما ذكروه بالنسبة الى ضمان الأجرة ، فلا أجرة عليه في ذلك كذلك ، من حيث انه مأذون فيه ، لا ضمان للعين أيضاً ، والغصب إن أثر الضمان الى الرجوع الى المالك ففي الحالين ، وإلا فلا.

وبالجملة فانه لايظهر لي وجه واضح في ما ذكروه من الفرق ، والمسئلة خالية من النص ، وتعليلا تهم كما ترى ، هذا كله إذا كانت العارية غير مضمونة .

أما لو كانت مضمونة كان شرط الضمان في العارية أو قلنا بضمان العواري ، فان الدابة المذكورة تكون مضمونة إلى نهاية موضع الاذن ضمان عارية ، ولا أجرة عليه ، لأنه مأذون لـه في التصرف فيها ، فاذا تجاوز موضع الاذن ضمنها ضمان الغصب ، ووجب عليه أجرة منافعها إلى أن يعود إلى المكان المأذون فيه ،

و منه إلى الرجوع إلى المالك وردها عليه يضمن ضمان العارية هذا مقتضى تقريرهم في المقام ، والله سبحانه العالم .

الثالثة : إذا حمل السيل حباً لرجل أو نوى أو جوزة أو نحو ذلك فنبت في أرض غيره بغير علمه قال في المبسوط : من الناس من يقول لايجبر على قلعه ، لأنه غير متعد فيه فهو كالمستعير ، ومنهم من قال : يجبر على قلعه من غير أرش، لأنه لم يأذن له في ذلك و هذا أقرب إلى الصواب .

وقال ابن البراج : لايجوز لصاحب الأرض مطالبته بقلعه ، لأنه لم يتعد في ذلك ، قال في المختلف بعد نقل القولين المذكورين : والوجه ما قاله الشيخ ، لأن الأرض لمالكها فله الانتفاع بها على أي وجه ، وتفريغها من مال الغير الحاصل فيها بغير إذن ، ولأن الناس مسلطون على أموالهم وعدم الا ثم والتعدي لايقتضي منع المالك عن التسلط على ملكه ، انتهى .

وبنحو ذلك صرح في التذكرة : فقال : إن لصاحب الأرض قلعه ، وإن امتنع صاحب الزرع أجبر عليه ، وبذلك صرح في الشرايع ، والظاهر أنه هو المشهور بين المتأخرين وهو الأوفق بالأصول والقواعد الشرعية ، وما ذهب اليه ابن البراج ضعيف لايعول عليه .

بقي الكلام هنا في مواضع **الاول :** لوأعرض المالك عنه و إن كان كثيراً فانه يتخير صاحب الأرض بين قلعه وبين تملكه ، ويكون من قبيل السنبل والثمار التي يعرض عنها ملاكها الا أن للمالك الرجوع فيها ما دامت العين باقية .

وظاهر التذكرة هنا أنه لايجبر المالك على نقله ، ولاعلى أجرة الأرض ولا غير ذلك لأنه حصل بغير تفريط ولا عدوان ، فكان الخيار لصاحب الأرض المشغول به ، إن شاء أخذه لنفسه وإن شاء قلعه .

الثاني : لولم يعرض عنه المالك وبقي حتى ظهر له ثمر فان ثمره ونماءه لمالكه ، وعليه أجرة الأرض للمدة التي كان باقياً فيها ، إن طالبه صاحب الأرض

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بقلعه ، لأنه في هذه الحال غاصب ، وإن لم يطالبه فلا أجرة على الاقرب ، لأنـه لم يقصر في القلع حيث لم يطلب منه ، ولاحصل في الأرض بفعله ليكون متعديا.

الثالث : إذا قلعه المالك وجب عليه تسوية الأرض وطم الحفر لأنها حدثت بفعله لتخليص ماله من ملك صاحب الأرض ولصاحب الأرض اجباره لو امتنع من ذلك .

الرابع : لو امتنع المالك من القلع جاز لصاحب الأرض اجباره ، وإلا نزعه منها ، كما لو سرت أغصان شجرة جاره الى ملكه وداره

الخامس: قال في المسالك : لو اشتبه المالك في قوم منحصرين وجب عليهم أجمع التخلص بالصلح أو التمليك ونحوه ، ويجب على مالك الأرض أيضاً مراجعتهم في ما يراجع فيه المالك المعين ولو لم ينحصر المالك كان بمنزلة اللقطة يجوز تملكه إن كان دون الدرهم حين التملك ، ولو تركه من غير نية التملك حتى بلغ وجب تعريفه كاللقطة ، ويحتمل كونه كمال مجهول المالك ، في جواز التصدق به عنه من غير تعريف ، انتهى .

السادس: قالوا : لو حمل السيل ارضاً بشجرها فثبتت في ملك الغير فتلك الأرض وما فيها لمالكها ويجبر على ازالتها كما تقدم .

الرابعة : لااشكال في الضمان مع اشتراطه كما تقدم في الأخبار فان اختص الضمان بالتلف ضمن العين خاصة ، وإن اختص بالنقصان ضمنه خاصة ، وإن كانا معاً ضمنهما معاً .

وانما الكلام والاشكال في مالو أطلق ، فعلى هذا لو أطلق ولـم يعين شيئاً من الأفراد الثلاثة المتقدمة ونقصت العين المستعارة بالاستعمال حتى تلفت فهل يضمن القيمة يوم التلف خاصـة ؟ لأن النقصان غير مضمون من حيث انـه حصل بفعل مأذون فيه فلا يكون مضمونا ولأنه لو لم يتلف فردها على المالك في تلك الحال لم يجب عليه شيء ، فاذا تلفت وجب قيمتها في تلك الحال وهـو اختيار المحقق ، ونقل عن المبسوط والتذكرة .

أو أنه يضمن النقص أيضاً نظـراً إلى اشتراط الضمان فيكون ذلك النقص مضموناً وهو المنقول عن ابن الجنيد وأبي الصلاح واستشكل في القواعد في المسألة .

قال في المسالك : ويمكن الفرق بين تلف الاجزاء الموجب للنقص بالاستعمال ، وبـين تلفها بغيره فيضمن على الثاني دون الأول ، لأن تلفها بأمـر مأذون فيه فلا يستعقب ضماناً ويمكن تأييد القول الثاني بمنع أصل التوجيه المذكـور في القول الأول .

قوله : انه حصل النقصان بفعل مأذون فيه فلا يكون مضموناً يمكن خدشه بأن الاذن في أصل الاستعمال لاينافي الضمان ، والحال إنه مشروط إذ ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص ، فيجوز أن يكون الاستعمال مأذوناً والنقص مضموناً وكذا استناده الى أنه لو لم تتلف وردها في تلك الحال لا يجب عليه شيء ، فانه ممنوع أيضاً إذ هو من موضع البحث ، فانّا لا نسلّم ذلك مع الشرط ، وإنما يتم بدونه ، فان للمانع أن يمنع من كون النقص غـير مضمون في المضمونة ، سواء تلفت أو ردها قبل التلف ، والوجه فيه أن مقتضى تضمين العين تضمين أجزاءها ، لأنها مركبة منها ، ثم انه على تقدير هذا القول فانه يضمن أعلى القيم من حين القبض الى يوم التلف ، إن كان الاختلاف والتفاوت في القيم بسبب الاجزاء كالثوب ينسحق باللبس ، وأما لو كان الاختلاف من حيث القيمة السوقية لم يضمن الزائد بسببه لأن ذلك ليس من مدلول الضمان سيّما مع عدم إيجاب ذلك على الغاصب هذا كله مع اشتراط الضمـان .

أما لو استعملها حتى تلفت من غـير شرط الضمان في العارية فان ظاهر الأكثر عـدم الضمان مطلقاً ، وقد تقـدم الكلام في ذلك في المسألة الثانية من الفصل الثاني ، والله سبحانه العالم .

الخامسة : اختلف الأصحاب في ما لو ادعى المستعير الاعارة ، وادعى المالك الاجارة ، وقد مضت لذلك مدة في يد المستعير ، فذهب في الخلاف الى أن القول

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قول المستعير ، قال في الكتاب المذكور : إذا اختلف صاحب الدابة و الراكب ، فقال الراكب : أعرتنيها ، وقال صاحبها : أكريتكها بكذا ، كان القول قول الراكب بيمينه ، وعلى صاحبها البيّنة ، وكذا إذا اختلف الزارع وصاحب الأرض فادعى الزارع العارية . وادعى صاحب الأرض الكرى ، فالقول قول الزارع قيل في توجيهه : انهما متفقان على أن تلف المنافع وقع في ملك المستعير ، لأن مقتضى كلام المالك أنه ملّكها بالاجارة ، ومقتضى كلام المستعير أنه ملّكها بالاستيفاء المستند الى الاعارة ، فيده شرعية على كل من القولين ، والمالك يدعى عليه العوض عمّا استوفاه عن ملكه ، وهو ينكر استحقاقه ، والأصل برائة ذمته منه ، فيكون القول قوله بيمينه ، عملاً بالقاعدة المنصوصة .

و ذهب ابن ادريس و تبعه المحقق الى أن القول قول المالك في عدم العارية وان لم يقبل قوله في الاجارة ، قال ابن ادريس : لا يقبل قول المالك في قدر ما ادعاه من الاجرة ، ولا قول الراكب في العارية ، فالواجب أجرة المثل عوضاً عن منافع الدابة ، وكذا البحث في الأرض إذا اختلف المالك والزارع .

وقيل في توجيه هذا القول : انه لا شك في أن المنافع أموال كالأعيان ، فهي بالأصالة لمالك العين ، فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل وأصالة برائة ذمته كما تمسك به القائل الأول إنما يتم بالنسبة الى خصوص ما ادعاه المالك من قدر الأجرة ، لا من مطلق الحق بعد العلم باستيفاء المنفعة التي هي من جملة أموال المالك وحقوقه ، والأصل يقتضى عدم خروجها عن ملكه إلا بعوض ، ومن أجل ذلك يكون القول قول المالك في عدم العارية ، لأن الراكب يدعى العارية و المالك ينكرها ، فيكون القول قوله بيمينه ، ولا يقبل قول المالك في ما يدعيه من الاجارة ، لأنه مدع أيضاً يحتاج الى البيّنة ، وحينئذ فاذا حلف المالك على نفي العارية كما هي وظيفته الشرعية لم تثبت الاجارة ، لما عرفت من أن ثبوتها يتوقف على البيّنة ، ولكن تثبت أجرة المثل ، لأن الراكب

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قد تصرف في ملكه بغير تبرع منه ، لأن دعوى التبرع قد سقطت باليمين ، فالواجب حينئذ أجرة المثل .

واعترض بعض أفاضل متأخرى المتأخرين وهو الخراسانى في الكفاية على هذا الكلام بمنع الأصل المدعي هنا أعني قوله والأصل يقتضي عدم خروج المنافع عن ملك المالك الا بعوض ، قال : إذ لاحجة عليه عقلاً ونصاً .

أقول : مرجع هذا الأصل الى الاستصحاب ، فانه أحد المعانى التى يطلق عليها ، ولا شك أن العين من حيث هي ملك للمالك ، فكذا منافعها ، فبعد خروجها عن يد المالك على هذا الذى وقع فيه الاختلاف ، لو تمسك المالك باستصحاب بقاء المنافع على ماثبت لها أولاً من ملكية المالك حتى يقوم الدليل على خلافه فهو صحيح ، والظاهر أنه ليس من الاستصحاب الذى هو محل الخلاف بين الأصحاب ، بل الاستصحاب المتفق عليه ، وهو استصحاب الاطلاق أو العموم حتى يقوم دليل التقييد أو التخصيص .

وبالجملة فانه لا يظهر لي وجه ما ذكره ، نعم استشكل هذا القول في المسالك بما لو كان ما يدعيه من الاجرة أقل من أجرة المثل ، لاعترافه بنفي الزائد ، قال : فينبغي أن يثبت له بيمينه أقل الأمرين مما يدعيه و أجرة المثل ، لأن الأقل إن كان مايدعيه فهو معترف بعدم استحقاقه سواه ، وإن كان الأقل أجرة المثل فلم يثبت بيمينه سواها ، إذ لم تثبت الاجارة ، وإنما لزم تصرف الراكب في ماله بغير إذن المالك على وجه التبرع .

أقول : من أجل ماذكره من هذا الاشكال صار في المسئلة قولاً ثالثاً فذهب في القواعد الى هذا القول ، وهو أنه بعد حلف المالك فالثابت له أقل الأمرين من أجرة المثل ومن المسمى ، الا أنه قد أورد عليه أيضاً أن المالك على تقدير كون المسمى أكثر من أجرة المثل ، فالمالك يدعى الزائد من الاجرة عن أجرة المثل ، والراكب ينفيه ، فلابد من وجه شرعي يقتضي نفيه ، وليس الا يمين الراكب على نفي الاجارة .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وتوضيحه أن حلف المالك على نفي الاعارة ، لم يدل على نفي الاجارة ولا اثباتها ، فيبقي دعوى الاجارة على حالها ، ولما لم يثبتها المالك بالبينة رجعنا الى الأصل المتقدم من أصالـة بقاء ملكه للعين وللمنافع ، فلابـد من الحكـم على الراكب بعـوض في مقابلتها ،حيث تصرف فيها من غـير أن يتبرع بها المالك ، ووجب الحكم له بأقل الأمرين لما تقدم ، لكن يبقي النزاع في الزائد على تقدير كون المسمي في الاجارة زائـداً على أجرة المثل ، فان المالك يدعيه ، وراكب الدابـه ينفيه ، ولا يندفع ذلك إلا بيمين الراكب على نفي الاجارة : أو نكولـه فيحلف المالك على الاجارة ، ويأخذ الزائد .

ومن هنا انقدح في المسئلة قـول رابع ، فذهب في المختلف وجماعة منهم الشهيـدان ، الأول منهما في بعض تحقيقاته ، على ما نقل عنه ، والثاني في المسالك الى أنهما يتحالفان ، فان كلاً منهما مدع ومدعى عليه ، لما عرفت من التوضيح المتقدم .

أقول : وبهذا ترجع المسئلة هنا الى ما نقلناه عنهم في كتاب المزارعـة ، حيث أنهم لم يذكروا ثمة خلافاً في المسئلة على نحو ماذكروه هنا ، وإنما نقلوا فيها قولين ، أحدهما وهوالمشهور التحالف ، بأن يحلف صاحب الأرض على نفي العاريـة ، ويحلف الـزارع على نفي الاجارة ، فيتساقط الدعويان ، ويرجع إلى أجرة المثل ، أو أقـل الأمرين ، والقول الثاني القرعـة كما تقدم ذكـره ثمة ، وهنا قد اكثروا الخلاف كما عرفت ، والمسئلة واحدة في الكتابين كما هـو ظاهر نصب العين .

وكيف كان فان لقائل أن يقـول أيضاً : إن المالك هنا يدعى بالاجارة حقاً معيناً ، ولا يدعى شيئاً آخر سواه ، فاذا حلف الراكب على عـدم الاجارة ، سقط بيمنه هذا الحق الذي يدعيه المالك ، لأن اليمين من المنكر مسقطة الحق ، وقد اعترف بأنه لاحق لـه سواه ، فاذا سقط باليمين ، فبأي شيء يثبت أقل الأمرين ،

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

واثبات حق المالك من غير الوجه الذي يدعيه ، بناء على ما ذكروه من تصرف الراكب بغير إذنه ، فيقضي له بأجرة المثل ، أو أقل الأمرين مشكل ، لأنه باليمينين الواقعتين منهما معاً صار هذا التصرف محتملا لكونه تصرفاً صحيحاً شرعياً بلا أجرة ، وكونه تصرفاً شرعياً بالأجرة ، والأجرة انما تثبت على تقدير الثاني ، وهو غير معلوم ، لاحتمال كونه شرعياً مجاناً كما يدعيه المستعير ، ومن المعلوم كذب احدي اليمينين في هذا المقام ، وأصالة عدم اشتغال الذمة مؤيد ، والحكم له بشيء لا يدعيه ــ ولا يطلبه ، وإنما يطلب غيره مما قد انتفى باليمين ــ غير متجه .

وبالجملة فان الرجوع إلى التعليلات العقلية لا ينتهي إلى ساحل ، والمسئلة لما كانت عارية من النصوص كثر فيها الكلام ، وتقابل النقض فيها والابرام .

وفي المسئلة أيضاً قول خامس بالقرعة ، ذهب اليه الشيخ في كتاب المزارعة من الخلاف ، قال : لأن القرعة لكل أمر مشكل ، ورده جملة من المتأخرين بالضعف ، قالوا : لأنه لا اشتباه مع القاعدة المتفق عليها من حكم المدعي والمنكر .

أقول : لا يخفى ما فيه بعد ما عرفت مما وقع لهم من الخلاف في المقام ، وتصادم هذه التعليلات منهم في النقض والابرام ، فكيف لا يحصل الاشتباه ، والحال كما عرفت ، هذا كله فيما اذا مضت لذلك المتنازع فيه مدة في يد المتصرف قد استوفي فيه منافعه .

أما لو لم يمض لذلك مدة ، ولم يحصل الانتفاع بشيء من المنافع المترتبة عليه ، فالقول في ذلك قول المتصرف ، لأن المالك هنا لا يدعي التصرف في شيء من المنافع ، وانما يدعي عليه الاجارة ، وتحقق الأجرة في ذمته ، واشتغالها بها والمتصرف ينكر ذلك ، فالقول قوله بيمينه ، فاذا حلف على نفي الاجارة سقط دعوى الأجرة ، واسترد المالك العين ، وان نكل حلف المالك اليمين المردودة ، واستحق الاجرة ، والله سبحانه العالم .

الحاق في المقام :

وهو يشتمل على جملة من الاحكام، أحدها ـ أنه اذا استعار شيئاً للانتفاع به في شيء مخصوص ، فانتفع بها في غيره فظاهر الأصحاب الحكم عليه بالضمان لتعديه في العين بالتصرف فيها على غير الوجه المأذون له فيه وتلزمه الأجرة لمثل ذلك العمل وهو ظاهر .

وثانيها ـ أنه اذا جحد العارية فالقول قوله بيمينه ، لأن الأصل العدم ، فان أثبت المالك عليه صحة الدعوى المذكورة زال استيمانه ، ولزمه الضمان ، والظاهر أن الكلام هنا كالكلام في الوديعة لو جحدها ، وأثبتها المالك عليه ، وقد تقدم تفصيل البحث في ذلك في كتاب الوديعة .

وثالثها ـ ما اذا ادعى التلف ، فان القول قوله بيمينه عندهم ، وقد عرفت ما فيه في المسئلة الأولى من مسائل هذا الفصل في كتاب الوديعة (١) .

ورابعها ـ ما اذا ادعى الرد على المالك ، فان القول قول المالك بيمينه ، لأنه منكر ، والأصل عدمه ، وقد تقدم في كتاب الوديعة أن المشهور فيما اذا ادعى الودعي الرد على المالك أن القول قول الودعي بيمينه ، مع أن الأصل عدم الرد ، وعموم البينة على المدعي ، الا أنهم فرقوا بينه وبين العارية ، بأن الودعي انما قبض لمصلحة المالك فهو محسن محض ، و « ما على المحسنين من سبيل (٢) ، » وأنت خبير بما فيه ، حيث ان هذه العلة غير منصوصة ، مع مخالفة ما ذكروه في الوديعة للقواعد الشرعية ، ولهذا توقف جملة من الأصحاب في حكم الوديعة كما تقدم ذكره ثمة ، واستشكلوا القول المشهور وهو في محله لما عرفت .

قال في المسالك : واعلم أن هذه العلة تجري في كثير من أبواب تنازع المستأمنين ، الا أنها تقتضي قبول قول الوكيل في الرد لو كان بغير جعل ،

(١) ص ٤٥٥

(٢) سورة التوبة ـ الاية ٩١ .

وهو مشكل لمخالفة الأصل وكون هذه العلة ليست منصوصة وانما هي مناسبة، انتهى وهو جيد.

والتحقيق أن يقال: ان مقتضى الأخبار المتقدمة في كتاب الوديعة هو قبول قول الأمين، وعدم اتهامه فيما يقوله، وان خالف الأصل، وحينئذ يكون هذه الأخبار مخصصة لهذه القاعدة، أعني قاعدة البينة على المدعي، واليمين على المنكر والحكم متعلق بالأمين ودعياً كان أو مستعيراً، أو وكيلاً أو نحوهم، ودعوى الفرق ـ بين الودعي وغيره ممن قبض لمصلحته، كالمستعير والوكيل بجعل والمرتهن ـ فيه أولاً ما ذكر من عدم الدليل على هذا التعليل، وثانياً ان قبضه على أحد هذه الوجوه لاينافي الايتمان الذى رتب عليه قبول قوله لأن الايتمان إنما هو عبارة عن الوثوق به في عدم الخيانة، والمخالفة لأمر المالك، وادخال الضرر عليه، فكل من دفع اليه المالك بهذا الوجه ودعياً كان أو مستعيراً أو وكيلاً بجعل أو بغير جعل، فانه يقبل قوله، بمقتضى تلك الأخبار، ويؤيده أخبار «ما خانك الأمين، ولكن ائتمنت الخائن» كما تقدم في كتاب الوديعة.

وخامسها ـ ما إذا فرط في العارية ثم تلفت، فانه ان كانت من ذوات الأمثال ضمن المثل بغير إشكال، وان كانت من ذوات القيم فقد اختلف الأصحاب ـ في ذلك.

فقيل: ان الواجب عليه قيمتها يوم التلف، وهو مختار الشرايع والمسالك وعلل بأن الواجب على المستعير مع بقاء العين ردها دون القيمة، وانما ينتقل الى القيمة مع التلف، وحينئذ فالمعتبر القيمة وقت التلف.

وقيل: أن الواجب أعلى القيم من وقت التفريط الى وقت التلف، وعلل بأن العين لما كانت مضمونة، فكل واحدة من القيم المتعددة في وقت كونها مضمونة، اذ معنى ضمان العين كانت لو تلفت ضمن قيمتها، وهو حاصل في جميع الوقت، فيضمن أعلى القيم لدخول الباقي فيها.

وقيل: المعتبر قيمتها وقت الضمان، قال في المسالك. وموضع الخلاف ما

لو كان الاختلاف بسبب السوق ، أما لو كان بسبب نقص في العين فلا اشكال في ضمانه ، لأن ضمان العين يقتضي ضمان أجزائها ، انتهى .

أقول : وقد تقدم الكلام في ذلك ، وهذا القول الأخير نقله في الكفاية قولا ثالثاً في المسئلة ، ولعله أشار به إلى ما نقله في المختلف عن ابن حمزة ، حيث قال ابن حمزة : إن هلك مضموناً لزم قيمته يوم القبض ، وإن هلك غير مضمون بالتفريط لزم قيمته يوم التلف ، بأن يكون المراد بقيمته وقت الضمان ، كما ذكره يعني يوم القبض الذي ثبت فيه الضمان واستقر ، الا أن الظاهر أن ما ذكره في المختلف مسئلة أخرى على حيالها غير ما نحن فيه ، فان فرض المسئلة التي ذكرناها في كلام الأصحاب إنما هو بالنسبة الى العارية الغير المضمونة لو فرط فيها ثم تلفت في يده .

وظاهر كلام المختلف مسئلة أخرى وهو أنه إذا هلكت العارية عند المستعير فقد قال ابن حمزة : بأنها إن كانت العارية مضمونة باشتراط الضمان فيها ونحوه فاللازم قيمتها يوم القبض ، وإن لم يكن مضمونة وهلكت بالتفريط لزمته قيمته يوم التلف ، وهذا يرجع الى القول الأول الذي قدمناه ، فان هذا الفرد الثاني من الترديد يرجع الى ما تقدم .

وفي المختلف بعد أن نقل عن ابن حمزة قال : والمعتمد أن نقول : إن كان من ذوات الأمثال ضمنه بالمثل ، وإن كان من ذوات القيم ضمنه بقيمته يوم التلف إن كان مضموناً ، و بأعلى القيم من حين التفريط الى حين التلف إن هلك بالتفريط ، إن قلنا أن الغاصب يضمن بأعلى القيم ، وإلا فالقيمة يوم التلف ، وظاهره في اختياره أعلى القيم ــ فيما لو لم تكن مضمونة ، وإنما هلكت بالتفريط ــ موافقة القول الثاني المتقدم .

وقد تلخص مما ذكرناه أن العارية إذا تلفت عند المستعير وكانت قيمية فان كانت مضمونة ففيها قولان : ، أحدهما مذهب ابن حمزة ، وهو قيمته يوم القبض ،

وثانيهما مذهب العلامة وهو قيمته يوم التلف وإن لم تكن مضمونة ، وهلكت بالتفريط ، فالأقوال الثلاثة المتقدمة : وابن حمزة قد وافق الأول ، والعلامة وافق الثاني ، وهذا الخلاف هنا متفرع على الخلاف في ضمان المغصوب ، حيث انه هنا بالتفريط لحقه حكم الغاصب ، واليه يشير كلام العلامة المذكور والله سبحانه العالم .

و سادسها ـ مالو اختلفا في القيمة بعد التفريط على تقدير تلفه ، و كذا لوكان مضموناً بأمر آخر ثم تلف ، فقيل : إن القول قول المالك مع يمينه ، وبه قال الشيخان ، وسلار وابن حمزة ، وابن البراج .

وقال أبو الصلاح : وإن اختلفا في مبلغها أو قيمتها أخذ ما أقر به المستعير ووقف مازاد عليه على بينة أو يمين المعير ، قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه فان قصد يمين المعير برد المستعير صار قوله مخالفاً لما تقدم ، وإلا فلا .

وقيل : القول قول المستعير لأنه منكر ، فيدخل في عموم الخبر ، وبه قال ابن ادريس ومن تأخرعنه ، قال ابن ادريس : الذي تقتضيه أصول الأدلة و المذهب أن القول قول المدعي عليه ، واليمين على المنكر ، وهو المستعير مع يمينه .

قال في المختلف : وهو الوجه عندي ، لنا أنه منكر ، فالقول قوله مع اليمين، لقوله عليه السلام (١) «البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » ثم نقل عن الأولين الاحتجاج على ما ذهبوا اليه ببطلان الأمانة بالخيانة ، فلم يكن قوله مقبولاً في القيمة .

ثم رده بأنه لايلزم من بطلان الأمانة خروجه عن حكم المنكر ، وهو جيد، وحاصله أن قبول قوله بيمينه إنما هومن حيث كونه منكراً وهذا حكم المنكر شرعاً لامن حيث كونه أميناً حتى يتجه منعه بالخيانة والله سبحانه العالم .

وسابعها ـ مالو اختلفا في التفريط فالمشهور أن القول قول المستعير بيمينه

(١) الوسائل ج ١٨ ص ١٧٠ ح ١ باختلاف ما و المستدرك ج ٣ ص ١٩٩ .

مع عـدم البينة ، وهو قول الشيخ وابن البراج ، وابن حمزة وأبي الصلاح ، وابن ادريس ، وعليه المتأخرون .

و ظاهـر كلام المفيد و سلار على ما نقل عنهما في المختلف أن القول قـول صاحب العاريـة بيمينه ، ولاريب في ضعفه ، لأن المستعير منكـر ، فالقول قولـه بيمينه ، وعلى المدعي البينة ، وهـو ظاهر ، وثامنها : مالو اختلفا فقال المالك : غصبتنيها ، وقال المتصرف : أعرتنيها ، فالمشهور أن القول قول المالك مع يمينه ، وهو مذهب ابن ادريس ، والعلامة في جملة من كتبه ، والشيخ في كتاب المزارعة من المبسـوط ، وقال في الخلاف و كتاب العاريـة من المبسوط : إن القول قـول الآخـر ، قال : إذا اختلفا فقال المالك : غصبتنيها وقال الراكب : أعرتنيها قـدم قول الراكب ، لأصالة برائة الذمة ، والمالك يدعي الضمان للدابة ولزوم الأجرة إن كان ركبها ، والوجه في القول الأول على ما ذكره في التذكرة ما تقدم من أصالة تبعية المنافع للأعيان في التملك ، فالقول قول من يدعيها مع اليمين وعدم البينة ، لأن المتصرف يدعي انتقال المنفعة إليه بالاعارة وبرائة ذمته من التصرف في مال الغير ، فعليه البينة وعلى هذا فبعد حلف المالك يستحق لما مضى من المدة ، فيرجع الدابة مع الأجرة هذا إذا مضت مدة لمثلها أجرة ، ولولم تمض مدة والعين باقية ، فان هذه الدعوى لاثمرة لها ، بل يرد المتصرف العين الى مالكها ، ولو تلفت العين في تلك المـدة التي مضت ، فالكلام في الأجرة يبني على الخلاف المتقدم ، وأما القيمة ، فان كانت العاريـة التي يدعيها المتصرف مضمونـة ، فهو يعترف في القيمة فيلزمه اداءها .

قال في التذكرة : ويحكم فيها بقـول المتصرف ، لأصالة برائـة ذمته من الزائـد عن القيمة وقت التلف إن أوجبنا على الغاصب أعلـى القيم ، و إن كانت العارية غير مضمونة ، قال في التذكرة : فان القول قول المالك في عدم الاعارة ، وقول المتصرف في عدم الغصب ، لئلايضمن ضمان الغصب ، ثـم يثبت على المتصرف

بعد حلف الراكب على نفي الاعارة قيمتها وقت التلف انتهى ، والله سبحانه العالم .

وتاسعها ـ مالو ادعي الراكب الاجارة ، والمالك العارية المضمونة بعد تلف العين ، وقبل مضي مدة لها أجرة ، قال في المبسوط : القول قول الراكب مع يمينه ، لأن صاحبها يدعي ضماناً في العارية ، فعليه البينة والأصل برائة الراكب .

وقال في المختلف : الأقرب أن القول قول المالك ، لأن الأصل تضمين مال الغير ، لقوله عليه السلام (١) « على اليد ما أخذت » وأنت خبير بما في هـذه الفروع من الاشكال لخلوها من النص الذي هو العمدة في الاستدلال ، وعدم صحة بناء الأحكام على هذه التعليلات التي يتداولونها في هذا المجال ، سيّما مع تصادمها وتضادها كما عرفت ، والله سبحانه العالم بحقيقة الحال .

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ ح ١٢

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كتاب الاجارة

والبحث فيه في مطالب أربعة **الاول** : في الاجارة والعقد ، وما يترتب عليه والكلام في ذلك يقع في مواضع : الاول الاجارة ثابتة بالنص كتاباً وسنة ، واجماع علماء الخاصة والعامة ، قال الله عز وجل (١) « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » وقال (٢) « لوشئت لاتخذت عليه أجراً » وقال تعالي (٣) « قالت احديهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين » « قال إني أريد أن انكحك احدي ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج » الآية .

وأما السنة فمستفيضة كما ستأتيك بذلك الأخبار .

ومنها مارواه المشايخ الثلاثة (٤) عن محمدبن سنان عن أبي الحسن عليه السلام « قال : سألته عن الاجارة فقال : صالح لابأس به إذا نصح قدر طاقته ، وقدآجر موسى بن عمران عليه السلام نفسه ، واشترط فقال : إن شئت ثمانياً وإن شئت عشراً فأنزل الله فيه « أن تأجرني ثماني حجج فان أتممت عشراً فمن عندك (٥) » وروي

---

(١) سورة الطلاق ــ الاية ٦ .

(٢) سورة الكهف ــ الاية ٧٧ .

(٣) سورة القصص ــ الاية ٢٦ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٩٠ ح ٢ ، الفقيه ج ٣ ص ١٠٦ ، ح ٩٠ التهذيب ج ٦ ص ٣٥٣ ح ١٢٤ ، الوسائل ج ١٢ ص ١٧٦ ح ٢ .

(٥) سورة القصص ــ الاية ٢٨ .

الحسن بن علي بن شعبة في تحف العقول (١) عن الصادق عليه السلام « أنه سأل عن معايش العباد وساق الخبر إلى أن قال : وتفصيل الاجارات فاجارة الانسان نفسه إلى أجرة الى آخره ، وقد تقدم الخبر بتمامه في المقدمة الثالثة فيما يكتسب به من المقدمات المذكورة في صدر كتاب التجارة (٢) والمفهوم من جملة من الأخبار كراهة اجارة الانسان نفسه لأنه يحظر على نفسه الرزق ، فروى في الكافي عن المفضل بن عمر (٣) قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : من آجر نفسه فقد حظر على نفسه الرزق » قال في الكافي (٤) وفي رواية أخرى و كيف لا يحظره وما أصاب فيه فهو لربه الذي آجره » و روى في الفقيه عن عبدالله بن محمد الجعفي (٥) « عن أبي جعفر عليه السلام قال : من آجر نفسه فقد حظر عليها الرزق و كيف لا يحظره » الحديث كما تقدم .

وروى المشايخ الثلاثة عن عمار الساباطي (٦) « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : في الرجل يتجر فإن هو آجر نفسه أعطي ما يصيب في تجارته ، فقال : لا يؤاجر نفسه ، ولكن يسترزق الله عزوجل ويتجر ، فإنه إذا آجر نفسه حظر على نفسه الرزق » وفي الفقيه « أعطي أكثر مما يصيب من تجارته » .

والشيخ جمع بين هذه الأخبار ، وخبر إجارة موسى عليه السلام نفسه بحمل المنع على الكراهة ، واستبعده في الوافي بالنسبة الى النبيين المذكورين (صلوات الله على نبينا وآله وعليهما) قال : والأولى أن يحمل المنع على ما إذا استغرقت أوقات الموجر كلها بحيث لم يبق لنفسه منها شيء كما دلت عليه الرواية الأخيرة من الحديث الأول .

---

(١) تحف العقول ص ٢٤٨ ط نجف ، الوسائل ج ١٢ ص ٥٦ في اواسط ح ١ و ج ١٣ ص ٢٤٢ ح ١ .

(٢) ج ١٨ ص ٧٠ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٥ ص ٩٠ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٣ ح ١ و ٢ .

(٥) الفقيه ج ٣ ص ١٠٧ ح ٩٢ ، الوسائل ج ١٢ ص ١٧٦ ح ٤ .

(٦) الفقيه ج ٣ ص ١٠٧ ح ٩١ ، الكافي ج ٥ ص ٩٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٦ ص ٣٥٣ ح ١٢٣ ، الوسائل ج ١٢ ص ١٧٦ ح ٣ .

و أما إذا كانت بتعيين العمل دون الوقت كله فلا كراهة فيها كيف ؟ وكان مولانا أمير المؤمنين عليه السلام يواجر نفسه للعمل ليهودي و غيره في معرض طلب الرزق ، كما ورد في عدة أخبار ، إنتهى وهو جيد .

الثاني : قد عرّف بعض الأصحاب الاجارة بأنها عقد ثمرته تمليك المنفعة بعوض معلوم ، وعرّفها آخر بأنها عبارة عن تمليك المنفعة الخاصة بعوض معلوم ، ومرجعه الى أنها عبارة عن نفس العقد الذي ثمرته ذلك أو عبارة من التمليك الذي هو الثمرة، والبحث في ذلك لاثمرة له بعد ظهور المراد ، بقي الكلام في أن المشهور بين الأصحاب هو أنه لما كانت من العقود اللازمة وجب انحصار ألفاظها في الألفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغة ، مثل آجرتك في الايجاب ، وأكريتك وفي معناه استكريت وتكاريت ، ومنه أخذ المكاري ، لأنه يكري دابته ، أو نفسه ، و كذا يشترط فيه ما يشترط في غيره من العقود اللازمة من العربية حتى في الأعراب والبناء ووقوع القبول على الفور ، ونحو ذلك مما تقدم في كتاب البيع .

وقد تقدم ثمة ما في ذلك من البحث ، وأنه لادليل شرعاً على أزيد من الألفاظ الدالّة على الرضا من الجانبين بتلك المعاملة كيف اتفق في هذا الموضع وغيره ، وبذلك صرح جملة من محققي متأخرى المتأخرين .

و أما لزوم العقد فلا اشكال فيه للأدلة العامة في الوفاء بالعقود والشروط وخصوص ما رواه في الكافي عن علي بن يقطين (١) في الصحيح « قال : سألته يعني أباالحسن عليه السلام عن الرجل يكترى السفينة سنة أو أقل أو أكثر قال : الكري لازم الى الوقت الذي اكتراه اليه والخيار في أخذ الكرى الى ربها ان شاء أخذ وان شاء ترك » وما رواه في الكافي و التهذيب (٢) عن محمد بن سهل « قال : سألت

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩٢ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٩ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٣ ، الوسائل المصدر

أباالحسن موسى عليه السلام عن الرجل يتكارى من الرجل البيت والسفينة سنة أو أقل أو أكثر قال : كراه لازم الى الوقت الذي تكاراه اليه » الحديث كما تقدم

وما رواه الشيخ في الصحيح عن علي بن يقطين (١) « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتكاري عن الرجل البيت والسفينة » مثل الحديثين المتقدمين ، ثم انهم بناء علي ما قدمنا نقله عنهم من اشتراط ألفاظ مخصوصة جوزوا ذلك أيضاً بلفظ ملكتك إذا أضيف إلى المنفعة ، وذلك لأن التمليك يفيد نقل ما تعلق به ، فلوقال : ملكتك هذه الدار أفاد نقل عينها ،

مع أن المقصود من الاجارة هو تمليك المنفعة مع بقاء العين علي ملك صاحبها ، وحينئذ فإذا أريد بهذا اللفظ الاجارة تعين إضافته الى المنفعة ، قالوا : وكذا تصح الاجارة بلفظ أعرتك حيث ان الاجارة مخصوصة بالمنفعة ، فتصح لو قال : أعرتك هذه الدار سنة بكذا وكذا .

وبالجملة فانه لما كانت الاعارة لاتقتضي ملك العين ، وانما تفيد التسلط على المنفعة كان اطلاقها بمنزلة تمليك المنفعة ، فتصح اقامتها مقام لفظ الاجارة بغير اضافته الى المنافع ، ويشكل بأن الاعارة وان تعلقت بالمنافع لابالعين الا أنها انما تفيد الاباحة ، والمطلوب في الاجارة تمليك المنفعة ، والعوض لامدخل له في ماهيتها بخلاف التمليك ، فانه يجامع العوض ، وارتكاب التجوز في مثل ذلك خروج عما قرروه من قواعدهم في العقود اللازمة ، كذا أورده في المسالك .

واختلفوا فيما لو قال : بعتك هذه الدار وقصد الاجارة ، أو قال : بعتك سكناها سنة بكذا ، فالمشهور بل ظاهر التذكرة دعوى الاجماع عليه حيث نسبه الى علمائنا هو البطلان ، وعلل ذلك باختصاص البيع بنقل الأعيان والمنافع تابعة لها فلايثمر الملك لو تجوز به في نقل المنافع مفردة وان نوى الاجارة .

وفي التحرير جعل المنع أقرب وهو يؤذن بالخلاف ، وتردد في الشرايع

---

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٩ ح ١ .

ومنشأ التردد مما تقدم ، ومن أنه بالتصريح بارادة نقل المنفعة مع أن البيع يفيد نقلها أيضاً مع الاعيان وان كان بالتبع ناسب أن يقوم مقام الاجارة اذا قصدها .

وظاهر المحقق الاردبيلي هنا بناء على القول بالاكتفاء بكل ما دل على المراد من الألفاظ والتراضي به ، كما قدمنا ذكره ، حيث انه ممن اختار ذلك القول بالجواز في العارية ، وفي البيع على الوجه المذكور ، حيث قال في العارية ـ بعد الاشارة الى ماقدمنا نقله عن المسالك من الاشكال ـ مالفظه : ولايبعد اخراجها عن ظاهرها بما يخرجها عنه صريحاً مثل أن يقول : أعرتك هذه الدار سنة بكذا ، غايته أن يكون مجازاً بقرينة ظاهرة بل صريحة ، بحيث لا يحتمل غير المجاز ولامانع منه لغةً ولاعرفاً ولاشرعاً كما في لفظة ملكتك .

نعم لو ثبت كون صيغة الاجارة متلقاة من الشرع وليس هذه منها لصح عدم الانعقاد بها ، ولا يكفي مجرد كونه عقداً لازما ، ودعوى أن التجوز بمثل هذا يخرجه عن كونه لازماً كما قاله في شرح الشرايع ، وقال : بالنسبة الى البيع ، وقد مرّ ما يفهم البحث منه في عدم انعقادها بنحو البيع ، مثل بعتك هذه الدار أو منفعتها سنة بكذا ، وأنه فهم الاجماع من التذكرة ، فان كان اجماعاً فلا كلام والا فالظاهر أن لا مانع من الانعقاد اذا علم القصد ، فان الظاهر أنه يكفي مع صلاحية اللفظ في الجملة ، وان كان موضوعاً متعارفاً في الأصل لنقل الأعيان ، وهو وجه التردد في الشرايع ، انتهى .

أقول : والذي وقفت عليه من الأخبار الواردة في هذا المقام زيادة على ما قدمناه في كتاب البيع مما يدل على سعة الدائرة في العقود وأنها ليست على ماذكروه من الشروط والقيود ما رواه في الكافي عن زرارة (١) « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام الرجل يأتي الرجل فيقول : اكتب لي بدراهم فيقول له : آخذ منك وأكتب لك بين يديك قال : فقال : لابأس » الحديث .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٨ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٣ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥١ ح ١ .

وما رواه في الفقيه عن محمد بن الحسن الصفار (١) في الصحيح « أنه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام يقول : رجل يبدرق القوافل من غير أمر السلطان في موضع مخيف ويشارطونه على شيء مسمى ، أله أن يأخذ منهم أم لا ؟ فوقّع عليه السلام اذا واجر نفسه بشيء معروف أخذ حقه انشاء الله » .

وما رواه عن محمد بن عيسى اليقطيني (٢) « أنه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي بن محمد العسكري عليه السلام في رجل دفع ابنه الى رجل وسلمه منه سنة بأجرة معلومة ليخيط له ، ثم جاء رجل آخر فقال له . سلم ابنك مني سنة بزيادة ، هل له الخيار في ذلك ؟ وهل يجوز له أن ينفسخ ما وافق عليه الأول أم لا ؟ فكتب عليه السلام يجب عليه الوفاء للأول ما لم يعرض لابنه مرض أو ضعف .

وفي هذا الخبر دلالة على لزوم الاجارة كما تقدم ذكره ، وظاهر هذه الأخبار كما ترى وقوع الاجارة فيما تضمنته من غير عقد ، ولا ايجاب ولا قبول غير مجرد التراضي الواقع بينهما بهذه الالفاظ .

وما رواه في الفقيه عن أبان عن اسماعيل (٣) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضاً فقال آجرنيها بكذا وكذا إن زرعتها أو لم أزرعها أعطيك ذلك فلم يزرع الرجل قال : له أن يأخذه بماله ، إن شاء ترك وان شاء لم يترك » .

وما رواه في الكافي عن أبان عن اسماعيل بن الفضل (٤) مثله ، وما رواه في الكافي عن أبي حمزة (٥) عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكتري الدابة فيقول أكتريتها منك الى مكان كذا وكذا ، فان جاوزته فلك كذا وكذا زيادة ويسمي ذلك ؟ قال : لابأس به كله » .

---

(١) و (٢) الفقيه ج ٣ ص ١٠٦ ح ٨٨ و ٨٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٤ باب ١٤ و باب ١٥ .

(٣) و (٤) الفقيه ج ٣ ص ١٥٥ ح ٥ ، الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٨ ح ١ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٩ ح ١ .

وهذان الخبران وان اشتملا على العقد الا أنه في عكس القاعدة المقررة عندهم حيث ان الايجاب فيهما انما وقع ممن وظيفته القبول ، والقبول ممن وظيفته الايجاب مع عدم ذكر لفظة تدل على القبول ، وانما ظاهرهما كون القبول وقع بمجرد الرضا من غير لفظة ، وهو أبلغ في الرد لما قالوه ، ومن ذلك يعلم ما ذكرناه من اتساع الدائرة في العقود ، والله سبحانه العالم .

الثالث : قد عرفت مما قدمناه من الأخبار أن الأجارة من العقود اللازمة وعليه اتفاق كلمة الأصحاب ، وحينئذ فلا تبطل الا بالتقايل أو أحد الأسباب الموجبة للفسخ ، مثل أن يتعذر الا نتفاع بالعين المستأجرة لغصبها ، او انهدامها ، أو مرض الأجير كما تقدم في مكاتبة اليقطيني ونحو ذلك مما سيأتي انشاء الله تعالى .

ولا تبطل بالبيع اذ لا منافاة بينهما لأن الا جارة انما تتعلق بالمنافع والبيع إنما يتعلق بالاعيان والمنافع وان كانت تابعة للأعيان ، الا أن المشتري متى كان عالماً بالاجارة فانه يتعين عليه الصبر الى انقضاء مدة الاجارة ، لأنه قدم على شراء مال مسلوب المنفعة هذه المدة وان كان جاهلاً تخير بين فسخ البيع وامضائه مسلوب المنفعة الى تمام المدة المعينة .

والأقرب أنه لا فرق في صحة العقد بين كون المشتري هو المستأجر أو غيره فيجتمع عليه لو كان هو المشتري الثمن من جهة البيع ، والأجرة من جهة الاجارة وربما قيل ببطلان الاجارة وانفساخها في الصورة المذكورة ، لأنّ تملك العين يستلزم ملك المنافع ، لأنها نماء الملك ، وفيه ان ذلك مسلم فيما لو لم يسبق سبب آخر لتملكها وهيهنا قد تقدم عقد الاجارة الموجب لملك المنفعة ، والبيع إنما ورد على ملك مسلوب المنفعة في تلك المدة بعين ما ذكرناه في صورة ما ، اذا كان المشتري شخصاً آخر غير المستأجر .

وكيف كان فإن العقدين صحيحان لا منافاة بينهما ، ولو ثبتت المنافاة بين البيع والاجارة لكان الباطل هو البيع ، دون الاجارة .

والذي وقفت عليه من الأخبار الدالة على صحة البيع هنا ما رواه في الفقيه

عن أبي همام (١) « أنه كتب الى أبي الحسن عليه السلام في رجل استأجر ضيعة من رجل فباع المؤاجر تلك الضيعة بحضرة المستأجر ولم ينكر المستأجر البيع وكان حاضراً له شاهداً عليه فمات المشتري وله ورثة هل يرجع ذلك الشيء في ميراث الميت؟ أو يثبت في يد المستأجر الى أن تنقضي اجارته ؟ فكتب عليه السلام يثبت في يد المستأجر الى أن تنقضي اجارته » .

ورواه في الكافي عن أحمد بن اسحاق الرازي قال : كتب رجل إلى أبي الحسن الثالث عليه السلام : « رجل استأجر » الحديث بأدنى تفاوت لايخل بالمقصود .

وما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحسين بن نعيم الصحاف (٢) عن أبي الحسن موسى عليه السلام « قال : سألته عن رجل جعل داراً سكني لرجل أيام حياته أو جعلها له ولعقبه من بعده؟ قال : هي له ولعقبه من بعده كما شرط ؟ قلت : فإن احتاج الى بيعها يبيعها ؟ قال : نعم ، قلت : فينقض بيعه الدار السكنى؟ قال : لاينقض البيع السكني ، كذلك سمعت أبي يقول : قال أبو جعفر عليه السلام : لاينقض البيع الأجارة ولا السكني ، ولكن يبيعه علي أن الذي يشتريه لايملك ما اشتري حتى ينقضي السكني ـ علي ما شرط ـ والاجارة ، قلت : فإن رد علي المستأجر ماله وجميع ما لزمه من المنفعة والعمارة فيما استأجره ، قال : علي طيبة النفس ورضا المستأجر بذلك لابأس » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن يونس (٣) « قال : كتبت الى الرضا عليه السلام أسأله عن رجل تقبل من رجل أرضاً أو غير ذلك سنين مسماة ثم ان المقبل أراد

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٦٠ ح ١٢ ، الكافي ج ٥ ص ٢٧١ ح ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٦ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤١ ح ٤٠ ، الاستبصار ج ٤ ص ١٠٤ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٥ ح ١ ، الكافي ج ٧ ص ٣٨ ح ٣٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٧ ح ٣ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٧٠ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٨ ح ٦٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٧ ح ٤ .

بيع أرضه التي قبلها قبل انقضاء السنين المسماة هل للمتقبل أن يمنعه من البيع قبل انقضاء أجله الذي تقبلها منه اليه وما يلزم المتقبل له ؟ قال : فكتب : له أن يبيع إذا اشترط علي المشتري أن للمتقبل من السنين ماله ».

أقول قد اشتركت هذه الأخبار في الدلالة علي صحة الاجارة ، وأن البيع لايبطلها ، وأما ما اشتمل عليه الخبر الثالث من أنه يبيع بشرط أن يشترط على المشتري منافع الأرض للمستأجر ، فهو محتمل للحمل علي وجوب الاخبار أو استحبابه ، بناء علي الخلاف في وجوب الاخبار بالعيب في المبيع وقت البيع ، وعدمه ، فإن قلنا بالوجوب كان الشرط هنا محمولاً علي الوجوب ، والا فهو محمول علي الاستحباب ، وكيف كان فالبيع صحيح .

والخبر الثاني قد دلّ على أن حكم السكنى كالاجارة في صحة الجميع ، وعدم المنافاة بين الأمرين ، والأصحاب قد اتفقوا علي ذلك في الاجارة ، واختلفوا في السكني ، والمشهور أنه لاتبطل السكني والعمري والرقبي بالبيع ، ويجب الوفاء بذلك إلى انقضاء الأجل أو العمر ، ثم يرجع للمشتري واضطرب كلام العلامة في ذلك ففي الأرشاد قطع بجواز البيع ، وفي التحرير استقرب العدم ، لجهالة وقت انتفاع المشتري ، وفي القواعد والمختلف والتذكرة استشكل الحكم .

وأنت خبير بما فيه بعد ورود الخبر الصحيح المذكور ، وتأيده باتفاقهم علي ذلك في الاجارة ، والجميع من باب واحد ، قالوا : ولو فسخ المستأجر بعد البيع بحدوث عيب ونحوه رجعت المنفعة إلي البايع لا إلى المشتري ، ووجهه ظاهر ، لأن المشتري إنما اشتري مالاً مسلوب المنفعة في تلك المدة ولا يتسلط عليها الا بعد انقضاء تلك المدة ، وإنما هي للمستأجر مع بقاء الاجارة أو ترجع للمالك بعد فسخها .

قالوا : ولا تبطل الأجارة بالعذر مهما كان الانتفاع الذي تضمنه عقد الاجارة

من اطلاق أو تعيين ممكنا ، ومرجعه إلى امكان حصول الانتفاع الذي تضمنه العقد في الجملة ، كان تخرب الدار مع بقاء الانتفاع بها في الجملة ، لكن متى كان الأمر كذلك فإنه وان لم تبطل الاجارة الا أنه يتخير المستأجر دفعاً للضرر عليه بين الفسخ والامساك بتمام الأجرة .

قال في المسالك : ولاعبرة بامكان الانتفاع بغير العين كما لو استأجر الأرض للزراعة فغرقت وأمكن الانتفاع بها بغيرها ، فإن ذلك كتلف العين ، وعدم منع العذر ـ الانتفاع أعم من بقاء جميع المنفعة المشروطة وبعضها وعدم البطلان ـ حاصل على التقديرين ، لكن مع حصول الانتفاع ناقصاً يتخير المستأجر بين الفسخ والأمساك بتمام الأجرة ، انتهى .

واختلفوا في بطلانها بالموت على أقوال ثلاثة فقيل : بأنها تبطل بموت كل من الموجر والمستأجر ونسبه في الشرايع إلى المشهور وقيل : بأنها لاتبطل بموت أحد منهما ، وهو المشهور بين المتأخرين بل قال في المسالك أن عليه المتأخرين أجمع .

وقيل : أنها تبطل بموت المستأجر ولا تبطل بموت الموجر ، وهذا القول مع القول الأول للشيخ ، ونقل في المختلف عن ابن البراج أنه قال : ان عمل اكثر أصحابنا على أن موت المستأجر هو الذي يفسخها ، لاموت الموجر ، وفيه اشارة إلى شهرة هذا القول أيضاً في ذلك الوقت .

قال في الخلاف : الموت تبطل الأجارة سواء كان موت الموجر أو المستأجر ، وفي أصحابنا من قال موت المستأجر يبطلها ، وموت الموجر لايبطلها ، وقال في المبسوط : الموت يفسخ الأجارة سواء كان الميت الموجر أو المستأجر عند أصحابنا والأظهر أن موت المستأجر يبطلها ، وموت الموجر لايبطلها ، ونقل القول الأول عن المفيد والمرتضى وابن البراج وابن حمزة وغيرهم .

احتج القائلون بالأول على ما نقله في المختلف بأن استيفاء المنفعة يتعذر

بالموت ، لأنـه استحق بالعقد استيفائها علي ملك الموجر ، فإذا مات زال ملكـه عن العين ، وانتقلت إلى الورثـة فالمنافع تحدث على ملك الوارث ، فلا يستحق المستأجر استيفائها ، لأنه ما عقد علي ملك الوارث ، وإذا مات المستأجرلم يكن ايجاب الأجرة في تركته .

ثم أجاب عن ذلك بأن المستأجر قد ملك المنافع ، وملكت عليه الأجرة كاملة وقت العقد ، قال : وينتقض ما ذكره بما لو زوج أمته ثم مات .

أقول : الأظهر في النقض عليهم هوما صرحوابه في البيع بعد الاجارة من أن المنتقل إلي المشتري بالبيع كذلك ، إنما هوالعين مسلوبة المنافع في تلك المدة وأن المنفعة بالاجارة قد خرجت عن ملك صاحب العين ، وبه يظهر أنه لامعني لقولهم أن المنافع بعد موت الموجر تحدث علي ملك الوارث ، فإنها وإن حدثت في ملك الوارث إلا أنها قد صارت مملوكة قبل الانتقال إلى الوارث ، فالوارث هنا كالمشتري إنما انتقلت اليه العين خالية عن المنافع تلك المدة ، وهكذا القول في موت المستأجر فإن الأجرة قد صارت ديناً في ذمته بعقد الاجارة مستحقة عليها للموجر ، فلا تبرء الا بأدائها حياً كان أوميتاً .

واستدل القائلون بالقول الثاني بأن الاجارة من العقود اللازمـة ، ومن شانها أن لاتبطل بالموت ، ولعموم (١) « الأمر بالوفاء بالعقود » ، وللاستصحاب واحتج في المختلف للقول المذكور حيث انه المختار عنده قال : لنا انه حق مالي ومنفعة مقصودة يصح المعاوضة عليها وانتقالها بالميراث وشبهه ، فلا يبطل بموت صاحبها كغيرها من الحقوق ، ولأن العقد وقع صحيحاً ويستصحب حكمه ، ولأن العقد ناقل فيملك المستأجر المنافع به ، والموجر مال الأجارة ، فينتقل حق كل واحد منهما إلي ورثته انتهى ، وهوجيد .

ومرجـع هذا الاستصحاب الذي ذكروه هنا الى استصحاب عموم الدليل

(١) سورة المائدة ــ الآية ١ .

أو اطلاقه وهو مما لاشك في صحة الاستدلال به ، لا الاستصحاب المتنازع فيه بأن عموم الأدله الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والشروط ـ يقتضي البقاء على حكمها حتى يحصل المخرج عن ذلك والرافع له ، وليس فليس ـ بل خصوص ما قدمناه من الأخبار الدالة على لزوم الاجارة الى الوقت المحدود .

مثل قوله عليه‌السلام في صحيحة علي بن يقطين المتقدمة في الموضع الأول « الكري لازم الى الوقت الذى اكتراه اليه » ونحوها رواية محمد بن سهل المتقدمة أيضاً ، فان للقائل بالصحة أن يستصحب اللزوم حتى يقوم دليل على البطلان وليس ألاما ذكروه من تلك التعليلات العليلة مما قدمنا بيانه .

ويزيد ذلك تأييداً وان كان أخصّ من المدعى مارواه في التهذيب عن ابراهيم الهمداني (١) قال : « كتبت الى أبي الحسن عليه‌السلام وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الاجارة في كل سنة عند انقضائها لايقدم لها شيء من الاجارة مالم ينقض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها هل يجب على ورثتها انفاذ الاجارة الى الوقت أم تكون الاجارة منتقضة لموت المرأة فكتب عليه‌السلام ان كان لها وقت مسمى لم تبلغه فماتت فلورثتها تلك الاجارة وان لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إنشاء الله تعالى .

وبهذا المضمون أيضاً رواية أحمد بن اسحاق الأبهري (٢) عن أبي الحسن عليه‌السلام وحاصل الجواب بقرينة ما أشتمل عليه السؤال من الشرط المذكور فيه أن حكم الورثة في الاجارة المذكورة حكم المرأة من أن لورثتها تلك الاجارة الى الوقت المسمى فيها ، الا أنهم انما يعطون الأجرة بقدر ما مضى من تلك المدة عملاً بالشرط المذكور على المرأة .

---

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٧ ح ٥٨ ، الكافي ج ٥ ص ٢٧٠ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٨ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٨ ح ٥٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٩ ح ٥ .

وبالجملة فالظاهر عندي هو القول المذكور كما عرفت مضافاً الى ما عرفت في أدلة خلافه من القصور ، وقد استثنى الأصحاب من هذا الحكم بناء على القول المذكور مواضع منها ان يشترط الموجر على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ، فانها تبطل بموته ، وهو الظاهر عملاً بالشرط المذكور .

ومنها أن يكون الموجر موقوفاً عليه فيؤجر الوقف ثم يموت قبل أنقضاء المدة ، فانها تبطل بموته عندهم ، فهو بمنزلة انقضاء المدة ، لأنه انما يملك المنفعة الى حين موته ، الاأن يكون ناظراً على الوقف ، فيوجره لمصلحة العين أو لمصلحة البطون ، فانها لاتبطل حينئذ بموت الناظر ، والصحة هنا ليست من حيث كونه موقوفاً عليه ، بل من حيث كونه ناظراً .

ومنها الموصى اليه بالمنفعة مدة حياته لو آجرها مدة ، ومات في أثناء المدة ، فانها تبطل بموته للعلة المذكورة في سابقه ، و هو انتهاء استحقاقه ، حيث أن ملكه مقصور على مدة حياته ، والله سبحانه العالم .

الرابع : من الكليات المتفق عليها بينهم أن كلما صح اعارته صح اجارته ، وقيدها بعضهم بما صح اعارته بحسب الأصل لامطلقا ، فان المنحة وهي الشاةالمعارة للانتفاع بلبنها مما يصح اعارتها مع أنه لايصح اجارتها ، الا أن هذا الحكم انما ثبت فيها على خلاف الأصل والقاعدة في العارية ، كما تقدم ذكره ، فان مقتضى قاعدة العارية أن المستفاد ما صح الانتفاع به مع بقاء عينه ، والمنحة ليست كذلك ، فحكمها مخالف لقاعدة العارية فلابد من القيد في الكلية المذكورة .

وبعضهم حمل الكلية المذكورة على ماهو الغالب ، فلايحتاج الى القيد المذكور ، وقال المحقق الأردبيلي في شرح الأرشاد ــ بعد قول المصنف ويصح اجارة كل مايصح اعارته ــ ماصورته : أي كل ما يصح اعارته من الأعيان للانتفاع بالمنفعة التي لا تكون عيناً يصح اجارته أيضا ، لأن الاجارة تمليك المنفعة بعوض ، والعارية بدون العوض ، ولا فرق بينهما فكل مايصح فيه أحدهما يصح

فيه الآخر ، ووجه قيد التي لاتكون عيناً ظاهر ، فانه قدنقل الاجماع في التذكره وغيرها على عدم صحة الأعارة عندنا اذا كانت المنفعة المنتقلة مثل لبن شاة ، وثمر بستــان ونحوهما ، ولهذ ترك القيد فــلايرد عليه أنه يجوز اعارة الشاة ونحوها ، ولايجوز اجارتها ، ولايحتاج الى الجواب بأن المراد غالباً كما قاله المحقق الثاني فتأمل ، انتهى .

أقول: لاأعرف لماذكره في هذا المقام من الكلام وجهاً واضحاً لما تقدم في العارية من الاتفاق على اعارة الشاة للبن وهي المنحة ، وان كان الدليل عليها لايخلو من القصور ، ومانقله عن التذكرة وغيرها من الاجماع على عدم صحة الاعارة عندنا اذا كانت المنفعة المنتقلة عينا مثل لبن شاة أو ثمرة بستان ــ لم أقف عليه في التذكرة وانما الذي فيها ماقدمنا نقله في كتاب العارية حيث قال يجوز اعارة الغنم للانتفاع بلبنها وصوفها ، وهي المنحه لاقتضاء الحكمة اباحته ، لان الحاجة تدعوالى ذلك والضرورة تبيح مثل هذه الأعيان الى آخر ما قدمنا نقله عنه ثمة ، و حينئذ فاذا ثبت صحة عارية الغنم خاصة كما هو أحد القولين أومع غيرها مما ألحق بها كما هو القول الاخر للبن خاصة أو غيره من المنافع أيضاً على الخلاف ، فكيف لايجب التقييد في الكلية المتقدمة بأحد القيدين المتقدمين .

وبالجملة فانه لايظهر لي وجه لصحة كلامه هنا ، ولعله أراد وجهاً لم يهتد إليه فهمي القاصر ، والافانه على ظاهره في غاية الغرابة من مثله والله سبحانه العالم .

الخامس : الظاهر أنه لاخلاف في أن العين المستأجرة كالدابة ونحوها أمانة في يد المستأجر في ضمن المدة المستاجرة لايضمنها الا بالتفريط أو التعدي ، والوجه فيه أنها مقبوضة باذن المالك ، فلايتعقبها ضمان الاعلى أحد الوجهين المذكورين .

وانما الخلاف فيما بعد المدة اذا لم يطالب المالك بردها أو طالب ولكن وقع التلف في أثناء الرد بحيث لم يؤخر الدفع بعد الطلب ، والمشهور بين المتأخرين العدم ، لأنه لايجب على المستأجر رد العين على الموجر ، ولا مؤنة ذلك ،

وانما يجب عليه التخلية بين المالك وبينها كالوديعة ، لأصالة براءة ذمته من وجوب الرد ، لأنها أمانة قبل انقضاء المدة ، فيستصحب ولا يجب ردها الا بعد المطالبة ، والواجب بعدها تمكينه منها ، كغيرها من الأمانات .

وخالف في ذلك جماعة منهم الشيخ وابن الجنيد ، قال في المبسوط : اذا استأجر دابة واستوفى حقه أولم يستوف وأمسك البهيمة بعد مضي المدة فهل يصير ضامناً لها ؟ وهل يجب عليه مؤنتها ومؤنة الرد بعد الاستيفاء أم لا ؟ فانه يجب عليه الرد بعد مضي المدة ، ومؤنة الرد اذا أمسكها وقد أمكنه الرد على حسب العادة صارضامناً ، وانما قلنا ذلك لأن ما بعد المدة غير مأذون له في امساكها ومن أمسك شيئاً بغير اذن صاحبه وأمكنه الرد فلم يرد ضمن ، وفي الناس من قال : لايصير ضامناً ، ولايجب عليه الرد ولامؤنة الرد وأكثر ما يلزمه أن يرفع يده عن البهيمة ، اذا أراد صاحبها أن يسترجعها ، لأنها أمانة في يده ، فلم يجب ردها مثل الوديعة .

وقال ابن إدريس : الذي يقوى في نفسي أنه لايصيرضامناً ولا يجب عليه الرد الابعد مطالبة صاحبها بالرد ، لأن هذه أمانة فلايجب ردها الابعد المطالبة ، مثل الوديعة ، لأن الأصل براءة الذمة ، فمن شغلها بشيء يحتاج الى دليل ، وما ذكره شيخنا في نصرة مذهبه فبعيد ، ويعارض بالرهن اذاقضى الراهن الدين ، ولم يطالب برد الرهن ، وهلك فلاخلاف أن المرتهن لايكون ضامناً له ، وإن كان قال : للمرتهن أمسك هذا الرهن الىأن اسلم اليك حقك ، فقد أذن له في امساكه هذه المدة ، ولم يأذن فيما بعدها مطلقا ، بل بقي على أمانته ، وعلى ماكان أولا ، وكذلك في مسئلتنا ، انتهى .

وعلىهذا القول جرى أكثر من تأخر عنه منهم الفاضلان في غير المختلف وأما فيه فانه بعد نقل كلام الشيخ وكلام ابن ادريس قال : وفي ذلك عندي تردد . أقول : والأظهرهو القول المشهور تمسكاً بأصالة براءة الذمة حتى يقوم على

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

خلافها دليل ، مؤيداً ذلك بالنظائر المذكورة في كلامهم .

بقي الكلام فيما لو اشترط عليه الضمان من غير تعد ولا تفريط ، وظاهرهم هنا هو القول ببطلان الشرط المذكور ، وتردد المحقق ثم استظهر المنع ، ومنشأ التردد من عموم مادل على وجوب الوفاء بالشروط ، ومن مخالفة هذا الشرط لمقتضى العقد ، وذلك فانه قد ثبت شرعاً أن المستأجر أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط فلا يصح هذا الشرط .

وعندي فيه نظر ، قد تقدم ذكره في غير موضع ، فان أكثر الشروط الواردة على العقود إنما هي بمنزلة الاستثناء مما دل عليه أصل العقد ، بمعنى أنه لولا ذكرها لكان مقتضى العقد دخولها كما أن مقتضى البيع اللزوم ، مع أنه يدخله شرط الفسخ بلا خلاف ولا إشكال .

وإلى ما ذكرناه من صحة الشرط المذكور مال في الكفاية ، وعلله بما يقرب مما ذكرناه ، قال : ويمكن أن يقال : أدلة صحة العقود والشروط يقتضي صحة هذا العقد والشرط ، وكونه مخالفاً لما ثبت شرعاً ممنوع ، لأن الثابت عدم الضمان عند عدم الشرط ، لا مطلقا .

وقد روى موسى بن بكر(١) عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن رجل استأجر سفينة من ملاح فحملها طعاماً واشترط عليه ان نقص الطعام فعليه ، قال: جائز ، قلت : له أنه ربما زاد الطعام ؟ قال : فقال : يدعي الملاح أنه زاد فيه شيئاً ؟ قلت : لا ، قال : هو لصاحب الطعام الزيادة ، وعليه النقصان إذا كان قد شرط عليه ذلك » ، انتهى وهو جيد .

ثم انه على تقدير بطلان الشرط ، هل يبطل العقد ببطلانه ، أم الشرط خاصة ؟ قولان : قد تقدم ذكرهما في غير موضع ، والمشهور الأول ، وقد تقدم

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٤ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٧ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٠ باب ٢٧ .

تحقيق القول في ذلك مقدمات كتاب الطهارة (١) ثم إنه علي تقدير القول الثاني فالثابت عدم الضمان ، وهو الظاهر ، وعلي تقدير الأول فالظاهر أنه كذلك أيضاً لأصالة العدم ، ولما تقرر في كلامهم « من أن كل ما لا يضمن بصحيحه ، لا يضمن بفاسده » ، و يأتي علي ما قدمناه من صحة العقد والشرط المذكورين الضمان ، وهو ظاهر .

قالوا : ويجوز إجارة المشترك بينه وبين غيره ، لعموم الأدلة ولعدم ثبوت ما نعية الشركة ، لامكان تسليمه واستيفاء المنفعة بموا فقة الشريك ، ولو امتنع رفع الأمر إلى الحاكم ، ويكون كما لو تنازع الشريكان ، والحكم اتفاقي عندهم، كما نقله في المسالك ، ولم ينقل الخلاف فيه إلا عن بعض العامة ، حيث منع الاجارة لغير الشريك والله سبحانه العالم .

السادس : المشهور بين الأصحاب بل لا يظهر فيه مخالف صحة خيار الشرط في الاجارة ، لعموم أدلة الاجارة ، و عموم أدلة صحة الشروط الأما استثني ، وليس هذا منه ، وعدم ظهور مانع ، ولا فرق بين شرطه لهما معاً ، أو لأحدهما ، أو لأجنبي كما تقدم في البيع ، ولا فرق بين أن تكون الاجارة لعين معينة كهذه العين ، أو يكون موردها الذمة كان يستأجره لعمل مطلق غير مقيد بشخص كبناء حائط .

وقد اتفقوا أيضاً على أنه لا يدخلها خيار المجلس ، لأنه مختص عندنا بالبيع، فلا يثبت فيها مع الاطلاق ، أما لو شرط فالمشهور عدم صحته ، لأنه شرط مجهول، لأن المجلس يختلف بالزيادة والنقصان ، وعدم قدحه في البيع من حيث أنه ثابت فيه بالنص .

وعن المبسوط صحة الشرط المذكور (٢) « لعموم المؤمنون عند شروطهم» ورد بما عرفت من أنه شرط مجهول ، فيجهل ، به العقد ، وثبوته في البيع مستثني بما ذكرناه ، والله سبحانه العالم .

---

(١) ج ١ ص ١٦٤ .
(٢) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

المطلب الثاني في الشروط

وهي ستة : **الاول** : كمال المتعاقدين فلا ينعقد بالصبي والمجنون ، وفي الصبي المميز بإذن الولي وجهان ، بل قولان : وقد تقدم تحقيق ، الكلام في المقام في البيع (١) بما لامزيد عليه .

الثاني : معلومية الأجرة لاخلاف ولا اشكال في اشتراط كون الأجرة معلومة في الجملة ، لكن هل يكفي في المكيل والموزون الاكتفاء بمعلوميتها بالمشاهدة ، لانتفاء معظم الغرر بذلك ، وأصالة الصحة أم لابد من الكيل والوزن في كل منهما ؟ قولان : المشهور الثاني ، ونقل الأول عن جماعة منهم الشيخ والمرتضى ، واستحسنه في الشرايع ، واستشكل في الارشاد في ذلك .

قال في المبسوط : مال الاجارة يصح أن يكون معلوماً بالمشاهدة ، وان لم يعلم قدره ، لأصالة الصحة ، ولأن الغرر منفي لحصول العلم بالمشاهدة .

ومنع ابن ادريس من ذلك ، وأجيب عنه بأن الاجارة معاملة لازمة مبنية على المغالبة والمماكسة ، فلابد فيها من نفي الغرر عن العوضين ، وقد ثبت من الشارع اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون في البيع ، وعدم الاكتفاء بالمشاهدة ، فكذا في الاجارة ، لاتحاد طريق المسئلتين ، ولنهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) (٢) عن الغرر مطلقا ، وهو شامل لموضع النزاع ومثله المعدود ، وكذا أجاب به في المسالك ، ونحوه كلام العلامة في المختلف .

وظاهر المحقق الأردبيلي هنا الميل إلى القول الأول ، حيث قال بعد نقل الخلاف في المسئلة : والأصل وعموم أدلة الاجارة وعدم دليل صالح للاشتراط دليل الأول ، إذليس الا الغرر المنفي في البيع على ما نقل عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) فلوصح كان دليلا في البيع فقط ، الا أن يعلم أن السبب هو الغرر فقط من حيث

---

(١) ج ١٨ ص ٣٦٧ .

(٢) الدعائم ج ٢ ص ١٩ ، الوسائل ج ١٢ ص ٣٣٠ ح ٣ .

هو ، وأنه الموجب للفساد ، وأنه موجود فيما نحن فيه فكان دليلاً للثاني أيضاً ولكن أنى باثبات ذلك كله ، فإن المراد بالغرر المنفي غير واضح ، وكذا عليته فقط ، ووجوده فيما نحن فيه ، اذ نعلم انتفاءه في مشاهدة غير المكيل والموزون بالاتفاق ، والظاهر أنه يكفي العلم بالمشاهدة في المكيل والموزون ، و في المعدود والمزروع بالطريق الأولى ، ويؤيده بطلان القياس ، و كون الاجارة غير بيع عندنا .

وقال في الشرح قلت : الحديث ورد في البيع ، والاجارة محمولة عليه عند بعض العامة ، لأنها بيع ، وأما عندنا فلا يأتي الا من طريق اتحاد المسألتين إلى آخره ، وقد عرفت عدم امكان اثبات الاتحاد بحيث لايكون قياساً باطلاً ، انتهى كلامه وهو جيد .

أقول : وقد تقدم في كتاب البيع الكلام في هذه المسألة (١) والنقل عن جملة من الأصحاب جواز البيع مع المشاهدة في الصورة المذكورة ، وأنه هو الظاهر من أكثر الأخبار ، وإذا ثبت ذلك في البيع بطل ما اعتمدوه من حمل الاجارة عليه ، وما استندوا اليه من الخبر عنه (صلى‌الله‌عليه‌وآله‌وسلم) في النهي عن بيع الغرر لم يثبت من طرقنا ، وإن كثر تناقله في كلامهم وعلى تقدير ثبوته فحمل الاجارة على البيع في ذلك لايخرج عن القياس ، كما ذكره المحقق المذكور .

وما ذكره في المسالك من نهي النبي (صلى‌الله‌عليه‌وآله‌وسلم) من الغرر مطلقا ، (٢) وهو شامل لموضع النزاع مردود ، بعدم ثبوت ما ادعاه ، والمنقول من كلام غيره إنما هو دعوى ورود الخبر في البيع لا مطلقا ، مع عدم ثبوته من طرقنا كما عرفت ، وبذلك يظهر لك قوة القول الأول وإن كان الأحوط هو المشهور والله سبحانه العالم .

الثالث : أن تكون المنفعة مملوكة ، اما تبعاً لملك العين بأن يكون مالكا

(١) ج ١٨ ص ٤٨١ .

(٢) الوسائل ج ١٢ ص ٣٣٠ ح ٣ .

للأصل ، فتبعه المنفعة و هـو ظاهر ، أو منفردة بأن يكون قـد استأجره وملك منفعته بالاستيجار من غير أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه ، أو عدم الاجارة لغيره ، فلوشرط عليه أحد الأمرين لـم يجز عملاً بالشرط ، والظاهر أن المراد بالملكية هنا هوصحـة التصرف والسلطنة على المنفعة بوجه شرعي ، لتدخل فيه ما إذا كان وقفاً بناء على القول بعدم ملك الموقوف عليه .

أقول : وقدتقدم الكلام فـي أن للمستأجر أن يوجر غيره فـي المسئلة الرابعة من مسـائل المطلب الثالث (١) وكذا فـي كتاب المزارعة ، فإنـه هو الموضع الذي بسطنا فيه الأخبار ، وتقحنا المسئلة فيه كما هـوحقها ، واختلفوا فيما لو آجر غير المالك شيئا مما يصح للمالك ايجاره فضولاً،هل يقع باطلاً أو يقف على الاجازة ؟ قولان .

قال في المسالك : ولا خصوصية لهما بالاجارة ، بل الخلاف وارد في جميع عقود الفضولي ، ولكن قد يختص الاجارة عن البيع بقوة جانب البطلان ، من حيث أنه قضية عروة البارقي (٢) مع النبي (صلى‌الله عليه وآله وسلم) في شراء الشاة دلت على جواز بيع الفضولي وشرائه ، وقد يقال : باختصاص الجواز بمورد النص ، والأقوى توقفه على الاجازة مطلقا ، انتهى .

أقول : قد تقدم تحقيق الكلام في هذه المسئلة في البيع بما لامزيد عليه(٣) ومن العجب العجاب أنهم يردّون الأخبـار المروية في أصولهم المشهورة المعول عليها بين متقدميهم بلا خلاف ، من جهة ضعف السند بهذا الاصطلاح الجديد ، و يتلقون هـذا الخبر العامي بالقبول ، ويفرعـون عليه ما لايخفى من الفروع ، وأعجب من ذلك أن مورد خبرهم إنما هـو البيع ، وهم يعدون ذلك إلى جميع المعاوضات كما سمعت من كلامه هنا ، ونحوه غيره ، فأسأل الله عز وجل المسامحة

(١) ص ٥٦٣ .
(٢) المستدرك ج ٢ ص ٤٦٢ . ب ١٨ ح ١ .
(٣) ج ١٨ ص ٣٧٦ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

لتناولهم فيما زالت فيه الأقدام .

الرابع : أن يكـون المنفعة معلومة بـين المتعاقدين ، ليزول الغرر ، اما بتقدير العمل كخياطـة هذا الثوب ، وركـوب الدابـة إلى الموضع الفلاني ، أو بتقدير المدة كخياطة شهر ، وركوب شهر ، وسكنى الدار سنة ونحو ذلك .

ولو قدره بالمدة والعمل معاً ، قيـل : يبطل وقيل : يصـح ، وتفصيل هـذه الجملة يقع في مقامين : الأول : ينبغي أن يعلم أن التخيير هنا بين التقدير بكل من هذين الأمرين ليس كليا ، وإنما المراد أن كل منفعة يمكن تقديرها بهما معاً فإنه يتخير بين تقديرها بأحدهما ، وذلك كاستيجار الآدمي والدابة ، فإنه يمكن ضبطه بالعمل والمدة كالمثالين المتقدمين من خياطة هذا الثوب ، وركوب الدابة إلى الموضع الفلاني ، ويمكن ضبطه بالزمان كخياطة شهر وركوب شهر ، فبأيهما ضبطهما كان صحيحا ، وما لا يمكن ضبطه وتقديره الا بالـزمان كالعقارات مثل سكنى الدار والارضاع ، فإنه لابد من تقديره بالزمان وضبطه به ، والضابط هو العلم بالمنفعة على أحد الوجهين المذكورين .

وعن التحرير أنه جعل الضابط بالنسبة إلى ما يجوز بهما معا ما كان له عمل بالعمل كالحيوان ، وما يختص بالـزمان ماليس لـه عمل كالدار والأرض ، وأورد عليه بأنـه ينتقض الأول باستيجار الآدمي للأرضاع ، فإنه عمل ولاينضبط الا بالزمان .

الثاني : فيما لوقدر بهما معاً بأن جمع بين تعيين العمل وضبط المدة بحيث يتطابـق بتمام العمل والمدة ، ولايزيد أحدهما على الآخر مثل أن يخيط هـذا الثوب في هذا اليوم ، فإنـه قيل : بالبطلان ، لأنـه غرور ، ولأن استيفاء العمل في تلك المدة قد لايتفق ، وان اتفق فهو نادر ، فكأنه استأجره على ما لايقدر عليه عادة، فإنه يمكن انتهاء العمل قبل انتهاء الزمان ، وبالعكس فإن أمر بالعمل على تقدير الأول إلى أن ينتهي المدة لـزم الزيادة على ماوقـع عليه العقد بالنسبة إلى شرط

العمل لانتهائه ، كما هو المفروض ، وإن لم يأمر بالعمل لزم ترك العمل في المدة المشروطة بالنظر إلى التحديد بالزمان ، وعلى تقدير الثاني وهو العكس ان امر بالاكمال مع انتهاء الزمان كما هو المفروض لزم العمل في غير المدة المشروطة ، و ان لم يأمر كان تاركاً للعمل الذي وقع عليه العقد .

وقيل : بالصحة ونقله في المسالك عن المختلف ، ولم أقف عليه في كتاب الاجارة بعد التتبع له و كونه في غير الكتاب المذكور بعيد ، قال : واختار في المختلف الصحة محتجاً بأن الغرض إنما يتعلق في ذلك غالباً بفراغ العمل ، ولاثمرة مهمة في تطبيقه على الزمان ، والفراغ أمر ممكن لاغرر فيه ، فعلى هذا ان فرغ قبل آخر الزمان ملك الأجرة ، لحصول الغرض ، فإن خرجت المدة قبله فلمستأجر فسخه ، فإن فسخ قبل عمل شيء فلا شيء ، أو بعد شيء فأجره مثل ما عمل ، وان اختار الامضاء لزم الاكمال خارج المدة ، وليس له الفسخ .

ثم قال في المسالك : والحق أن ما ذكره إنما يتم لو لم يقصد المطابقة ، وهو خلاف موضع النزاع ، فلو قصداها بطل ، كما قالوه ، ومع ذلك يشكل لزوم أجرة المثل مع زيادتها على المسمى ، فإن الأجير ربما يجعل التواني في العمل وسيلة إلى الزايد ، فينبغي أن يكون له أقل الأمرين من المسمى ان كان أتم العمل وما يخصه منه على تقدير التقسيط ان لم يتم ، و من أجرة مثل ذلك العمل ، والأقوى البطلان الامع ارادة الظرفية المطلقة ، وامكان الوقوع فيها انتهى .

و في الشرايع قد تردد في المسئلة ، و هو في محله ، لخلو المسئلة عن النصوص ، وتصادم ما ذكرهنا من التعليلين بالخصوص ، وان كان كلام العلامة لايخلو من قرب ، حملاً للمطابقة على المبالغة ، فإن الظاهر أن الغرض الكلي من الاجارة إنما هو تحصيل المنفعة ، فيكون دائراً مدار الفراغ من العمل ، والزمان لادخل له في ذلك الا من حيث الظرفية ، فبوقوعه فيه قبل تمامه تثبت استحقاق الأجرة ، وقبل تمامه يتسلط المستأجر على الفسخ كما ذكره ، هذه

ثمرة اشتراطه في المقام ، وارادة المطابقة حقيقة ـ لوفرض قصد هما كذالك ، مع كونه لايترتب عليه أثر ولا ثمرة مهمة ـ نادر ، والأحكام إنما تبتني على الأفراد الغالبة المتكررة ، وكيف كان فالمسئلة في محل من الأشكال والله سبحانه العالم .

الخامس: أن تكون المنفعة مباحة ، والكلام هنا في موضعين : الاول : الظاهر أنه لاخلاف في تحريم اجارة البيت ليحرز فيه الخمر ، والدكان ليبيع فيه الآلة المحرمة ، والأجير ليعمل له مسكرا ، بمعنى أن الاجارة وقعت لهذه الغايات أعم من أن يكون قد وقع شرطها في متن العقد أو حصل الاتفاق عليها .

ويدل عليه رواية جابر(١) « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يؤآجر بيته فيباع فيه الخمر ، قال : حرام أجرته » .

إنما الخلاف هنا في موطعين أحد هما أنه هل تكون الاجارة باطلة ، وكذلك البيع ، أو أنه يصح ذلك وان أثم ، فالمشهور الأول وقيل : بالثاني ، ولعل وجهه أن النهي إنما يفيد البطلان في العبادات ، لافي المعاملات ، وفيه أن مقتضى ما قدمنا تحقيقه في هذه المسئلة من التفصيل بأنه ان كان النهي راجعاً إلى شيء من العوضين بمعنى عدم صلاحيته للعوضية ، فإن النهي يدل على البطلان ، وان كان راجعاً إلى أمر خارج كالبيع وقت النداء يوم الجمعة ، فإن غاية النهي الأثم خاصة من غير أن يبطل العقد ، وما نحن فيه إنما هومن قبيل الأول بمعنى عدم صلاحية المبيع للانتفاع والانتقال ، كما في بيع الغرر ونحوه ، وبه يظهر قوة قول المشهور .

وثانيهما أنه لم يقع الاجارة لهذه الغايات ولكن يعلم أن المستأجر والمشتري يعمل ذلك ، وذهب جمع منهم الشهيد في المسالك وتبعه المحقق الأردبيلي إلى أن حكمه كالأول في التحريم والبطلان ، لأنه معاونة على الأثم ، للنهي عنه في الآية الشريفة (٢) ، والخبر المتقدم وذهب جمع إلى الجواز ، ويدل عليه جملة من الأخبار

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٧ ح ٨ ، التهذيب ج ٧ ص ١٣٦ ح ٦٤ وفيه عن صابر الوسائل ج ١٢ ص ١٢٥ ح ١ .

(٢) سورة المائدة ـ الاية ٢ .

التي قدمت في المقدمة الثالثة من مقدمات كتاب التجارة (١) وقد استوفينا تحقيق الكلام فيه ثمة فليرجع اليه من أحب الوقوف عليه .

الثاني : اختلف الأصحاب في جواز اجارة الحائط المزوق للتنزه فجوزه ابن ادريس ، و منعه الشيخ ، وتردد في الشرايع ، قال في الخلاف والمبسوط : لايجوز اجارة حائط مزوق أو محكم للنظر اليه والتفرج فيه والتعلم منه ، لأنه عبث ، والنفع منه قبيح ، وإذا لم يجز النفع فاجارته قبيحة .

وقال ابن ادريس : يجوز ذلك إذا كان فيه غرض و هو التعلم من البناء المحكم ، كما يجوز اجارة كتاب فيه خط جيد للتعلم منه ، لأن فيه غرضاً صحيحاً ولأنه لامانع منه .

قال في المختلف ـ بعد نقل القولين وقول الشيخ ـ : جيّد لأنها منفعة ليس للمالك منع المنتفع بها ، فلا يصح اجارتها كالاستظلال بالحائط ، و فرق بين المزوق ، والكتاب ، لأن في الكتاب يتصرف المستأجر بالتسليم والتقليب بخلاف صورة النزاع ، ولو فرض عدمها لم تقع الاجارة ، كالحائط .

أقول : لايخفى أن الظاهر من كلام الشيخ أن العلة في المنع إنما هي من حيث عدم اباحة هذه المنفعة ، كما هو عنوان أصل هذه المسئلة فكانه جعل التنزه هنا من قبيل اللهو ، كما يشير اليه قوله « ولأنه عبث ، والنفع منه قبيح ، وإذا لم يجز النفع فاجارته قبيحة» ، لاأن العلة في عدم جواز الاجارة ما ادعاه العلامة ، وعلّل بـه قول الشيخ من أنـه يمكن استيفاء هـذه المنفعة بـدون إذن المالك ، كالاستظلال بحائط الغير ، وليس للمالك المنع من ذلك ، فلا تصح اجارته ، لأنه غير مملوك للمالك .

وأنت خبير بأنه أين هذا من عبارة الشيخ المتقدمة ، والعجب من المسالك حيث تبع العلامة في ذلك فقال بعد نقل قول ابن ادريس بالجواز : ومنعه الشيخ وجماعة ، لأن ذلك يمكن استيفائه بدون اذن المالك ، كما يجوز الاستظلال بحايطه بدونه انتهى.

(١) ج ١٨ ص ٦٧ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وبالجملة فان الظاهر من كلامي الشيخ وابن ادريس يرجع إلى الاختلاف في كون المنفعة هنا مباحة أو غير مباحة ، وابن ادريس يدعي الأول ، والشيخ الثاني ، نعم هذا الاختلاف إنما يتفرع علىما إذا كان التزويق داخل البيت ، كما هوالغالب لافي جدرانه الخارجة في الطرق التي تراها جميع الناس ، فينبغي تقييد محل النزاع بذلك ، بناء على الغالب المتعارف ، وتقييد اطلاق كلامهم بذلك ، وكيف كان فالظاهر بناء على ما قلناه ترجيح كلام ابن إدريس فان ما ذكره غرض صحيح لأرباب تلك الصناعة ، والله سبحانه العالم .

السادس : أن يكون مقدوراً على تسليمها ، والكلام هنا يقع في مواضع :

الأول : لاريب أن من شرط صحة الاجارة عندهم قدرة الموجر على تسليم العين المستأجرة الى المستأجر ، ولاريب أيضاً في اشتراط كون العين المستأجرة مقدورة الانتفاع في الجملة ، ليمكن الانتفاع المطلوب إذ استيجار الغير المقدورة التي لايمكن الانتفاع بالمطلوب منها سفه محض وغرر ، ويدل عليه العقل والنقل ، فلو استأجر الأخرس للتعليم أو الأعمى لحفظ متاع بالبصر بطل ، لما ذكرنا .

والظاهر كماتقدم ذكره في كتاب البيع عدم اشتراط كون تسليم المنفعة مقدوراً للموجر ، بل يكفي إمكان التسلّم ، فلو كان المستأجر قادراً على استيفاء المنفعة بأخذ العين من الغاصب بنفسه . أو معاون أو قادراً على تحصيل الآبق ، فالظاهر جواز الاستيجار ، ونحوه أيضاً استيجار الغاصب للمغصوب الذى في يده ، لحصول التسلّم ، و الظاهر أنه يخرج عن الضمان والغاصبية بمجرد العقد ، وأن الأظهر في الجميع صحة الاجارة ، لعموم الأدلة والأصل عدم ثبوت مانع ، ثم انه فيما عدا صورة الغصب ان بذل الجهد في تسليمه ولم يمكن التسليم بطل الاجارة ، لأن لزوم الاجرة موقوف على إمكان التسليم و التسلّم ، الا أن يقصر المستأجر مع القدرة ، فيلزم العقد

بقي الكلام في اجارة الآبق مع الضميمة ، وقد تردد في ذلك جملة من

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الأصحاب ، منهم الشرايع والتحرير والتذكرة ، وأطلق المنع في الارشاد وقيّده في القواعد بعدم الضميمة ، ومفهومه جوازها مع الضميمة ، وهو اختيار الشهيد قيل : وجه التردد في ذلك من حيث عدم القدرة على تسليم المنفعة ، ومن جواز بيعه من الضميمة للنص الدال على ذلك ، فكذا اجارته بطريق أولى ، لاحتمالها من الغرر مالايتحمله البيع ، ومن ذلك يعلم وجه المنع ، كما اختاره في المسالك والروضة ووجه الجواز كما اختاره الشهيد ، قال في اللمعة : فلا يصح اجارة الآبق وان ضم اليه أمكن الجواز ، قال الشارح : كما يجوز البيع لا بالقياس بل لدخولها في الحكم بطريق اولى ، لاحتمالها من الغرر ما لايتحمله ، وبهذا الامكان أفتى المصنّف في بعض فوايده ، ووجه المنع فقد النص المجوّز هنا ، فيقتصر هنا على مورده ، وهو البيع ومنع الأولوية ، انتهى .

أقول : والظاهر هو ما اختاره شيخنا المذكور من المنع لما ذكره ، فانه وجيه ، ومع تسليم الأولوية فانه لايخرج عن القياس المنهي عنه في الأخبار ، كما قدمنا تحقيقه في مقدمات الكتاب في كتاب الطهارة (١) .

ثم إنه على تقدير الجواز مع الضميمة فانهم قد صرحوا بأنه يشترط كونها متمولة يمكن افرادها بالمعاوضة ، قالوا : وفي اعتبار أفرادها بجنس مايضم اليه ففي البيع تفرد بالبيع ، وفي الاجارة تفرد بالاجارة ، أو يكفي كل واحد منهما في كل واحد منهما ، وجهان : من حصول المعنى ، ومن أن الظاهر ضميمة كل شيء الى جنسه ، وقوى الشهيد الثاني .

الثاني : لو منعه المؤجر ولم يسلّمه العين المستأجرة سقطت الأجرة ، وليس للمؤجر المطالبة بها ، والحال ذلك ، والظاهر على هذا بطلان العقد وانفساخه بنفسه ، ويكون كتلف العين ، والمبيع قبل التسليم ، وهو مختار التذكرة الا أنه قيده بمنع الموجر المستأجر من العين قبل أن يستوفي المنافع ، وقرب ثبوت الخيار

---

(١) ج ١ ص ٦٠ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

لو استوفاها وقيل : انه لاينفسخ الا بالفسخ ، فيتخير بين الفسخ لتعذر حصول العين المستاجرة ، فاذا فسخ سقط المسمى ان لم يكن دفعه ، والا استرجعه وبين الالتزام بالعقد ، ومطالبة الموجر بعوض المنفعة ، وهو أجرة مثلها ، لأن المنفعة مملوكة له ، وقد منعه الموجر منها وهي مصمونة بالأعيان ، وحينئذ فيرجع بالتفاوت ، وهو زيادة أجرة المثل عن المسمى ان كان ، لأن المؤجر يستحق المسمى في العقد ، والمستأجر أجرة المثل ، ويرجع عليه بالزيادة عما يستحقه ان كان هناك زيادة ، وهذا القول اختيار الشرايع ، والمسالك ، والقواعد .

الثالث : لو منع المستأجر ظالم غير الموجر عن الانتفاع بالعين المستأجرة ، فلايخلو اما ان يكون قبل قبضها من الموجر أو بعده ، فهيهنا مقامان : الاول أن يمنعه قبل القبض ، والظاهر من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف أن المستأجر يتخير بين الفسخ فيرجع كل ملك الى ما لكه ، ويرجع المستأجر بالأجرة على الموجر ان كان قد دفعها له ، والا فلا ، ويرجع المالك على الغاصب بأجرة المثل كلاً أو بعضاً من حيث الغصب ، ومنع تحصيل المنفعة من العين ، وبين التزام العقد والرضاء به فيرجع على الغاصب بالعين المنتفع بها ، وبأجرة المثل في مدة المنع ، لأنه المباشر للاتلاف ظلماً وعدواناً .

قيل : ولا يسقط هذا التخيير بعود العين الى المستأجر في اثناء المدة ، بل له الفسخ في الجميع ، وأخذ المسمى لفوات المجموع من حيث هو مجموع ، ولأصالة بقاء الخيار السابق ، وله الامضاء واستيفاء باقي المنفعة ، ومطالبة الغاصب بأجرة مثل مافات في يده من المنافع ، وليس له الفسخ في الماضي خاصة ، والرجوع بقسطه من المسمى على الموجر ، واستيفاء الباقي من المنفعة ، لاقتضائه تبعيض الصفقة على الموجر ، وهو خلاف مقتضى العقد ، بل اما أن يفسخ في الجميع ، أو يمضيه ، مع احتماله ، لأن فوات المنفعة في هذه الحال يقتضي الرجوع الى المسمى وقد حصل في البعض خاصة ، فاستحق الفسخ فيه ، انتهى .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أقول : هذا الاحتمال لايخلوعن قرب ، لأن مبني المنع في الكلام الاول على لزوم تبعيض الصفقة على الموجر ، وهوغير جائز عندهم في جميع العقود ، وفيه ما تقدمت اليه الاشارة في غير موضع مما تقدم أنه وان اشتهر ذلك بينهم ـ حتى صار قاعدة كلية بنوا عليها في جملة من الأحكام ـ الا أنا لم نقف على دليل من الأخبار ، لافي باب البيع ولا غيره ولعل ذلك من جملة ما اتفقوا فيه العامة ، وان اتفقوا عليه و كم من مثله في قواعدهم الا صولية ، كما لايخفى على المتتبع .

الثاني أن يمنعه بعد القبض ، والظاهر أنه لاخلاف في صحة العقد ، وعدم فسخه ، لأن وجه التخيير في الأول ، وجواز الفسخ انما كان من حيث أن العين قبل القبض مضمونة على الموجر ، فللمستأجر الفسخ عند تعذرها ، والعلّة هنا منتفية ، لأنه قد قبضها ولزمت الأجارة باجتماع شروطها ، وانما عرض بعد ذلك حيلولة الغاصب له بمنعه عن التصرف ، وعلى هذا فيرجع المستأجر على الغاصب بأجرة مثل المنفعة الفائتة في يده لاغير ، ويرجع الموجر على المستأجر بالمسمى لولم يقبضه سابقاً والعين مضمونة في يد الغاصب لصاحبها ، قالوا : ولو كان الغاصب هو الموجر فلافرق .

الرابع : قالوا : اذا انهدم المسكن كان للمستأجر فسخ الاجارة الا أن يعيده صاحبه ، ويمكنه منه ، وتردد في الشرائع في ذلك .

أقول : ظاهر هذا الكلام أن العقد لاينفسخ بنفسه . ولو أدى الانهدام الى عدم الانتفاع بالمسكن بالكلية ، وبه صرح المحقق الأردبيلي أيضاً فقال بعد ذكر عبارة المصنف المشتملة على مثل هذا الاجمال أيضاً مالفظه : أي لو انهدم المسكن المستأجر بحيث لا يمكن الانتفاع به أو انقص ونقص نقصاناً لو كان قبل العقد لم يرغب في الأجارة عرفا بالاجرة المقررة لم ينفسخ . بل للمستأجر فسخ العقد ، والرجوع الى المالك بعد الفسخ بمقدار حصة الباقي من أجرة المدة ، الا أن يعيد المالك المسكن الى أصله الى آخره . وصريح كلام شيخنا في المسالك تقييد هذا الاطلاق بما لو لم يؤد الانهدام الى فوات الانتفاع بالكلية ، أو أنه يمكن زوال المانع

والا انفسخ العقد بنفسه ، قال بعد ذكر المصنف الحكم كما نقلناه عنهم : ومقتضى جواز الفسخ أن العقد لاينفسخ بنفسه ، فلابد من تقييده بامكان ازالة المانع ، أو بقاء أصل الانتفاع فلو انتفيا معاً انفسخت الاجارة ، لتعذر المستأجر عليه انتهى .

الا أن يحمل اطلاق كلام المحقق المتقدم ذكره على امكان ازالة المانع فلا تنافي حينئذ ، وله البقاء على العقد وعدم الفسخ لو لم ينفسخ العقد بنفسه ، وتلزمه الاجرة ووجه الفسخ ـ على تقدير خروج السكنى عن الانتفاع المراد منه عرفاً ظاهر ، الا أن يكون سبب ذلك من المستأجر ، وحصول الضرر من جهته ، لأن الأجرة انما بذلت واستحقت في مقابلة الانتفاع ، فاذا فات في الزمان المقرر فلا أجرة الا أن يكون ذلك من المستأجر كما عرفت ، والمراد باعادته المستثناة من الخيار يعني الاعادة بسرعة على وجه لايفوت به شيء من المنافع ، ووجه التردد هنا على تقدير اعادته سريعاً من زوال المانع باعادته سريعاً مع عدم ذهاب شيء من المنافع ، ومن ثبوت الخيار بالانهدام ، فيستصحب حيث لم يدل دليل على سقوطه بالاعادة ، وهو ظاهر اختياره في المسالك ، أقول : لم أقف في هذا المقام على نص والله سبحانه العالم .

المطلب الثالث في الاحكام

وفيه مسائل : **الاولى** : قد صرحوا بأن الأجير الخاص وهو الذي يستأجر مدة معينة للعمل بنفسه أو يستأجر عملاً معيناً مع تعيين أول زمانه ، بحيث لايتوانى في فعله ، حتى يفرغ منه لايجوز له العمل لغير من استأجره الا باذنه ، والاجير المشترك وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة ـ مع تعيين المدة ـ ، أو عن المدة مع تعيين المباشرة ، ـ أو مجرداً عنهما يجوز له ذلك .

أقول : والأولى في التعبير عن الأول بالمقيد ، عوض الخاص ، وعن الثاني بالمطلق عوض المشترك ، كما لايخفى .

وكيف كان فتفصيل هذا الاجمال يقع في مقامين : الاول : في الأجير الخاص وقد عرفت تفسيره ، والوجه في عدم جواز عمله ـ لغير من استأجره إلا بالاذن ـ أنه متى وقعت الاجارة على أحد الوجهين المذكورين ، فان منفعته المطلوبة قد صارت ملكاً للمستأجر ، فلا يجوز له صرف عمله الذي استأجر عليه ، ولا صرف زمانه المستأجر فيه في عمل ينافي ما استوجر عليه ، وأما لو لم يناف ما استوجر عليه كالتعليم والتعلّم والعقد ونحو ذلك حال الاشتغال بالخياطة المستأجر عليها مثلا : فالأقرب الجواز ، كما اختاره بعض محققي متأخرى المتأخرين .

قال في المسالك : وهل يجوز عمله في الوقت المعين عملاً لا ينافي حق المستأجر كايقاع عقد ونحوه في حال اشتغاله ، أو تردده في الطريق بحيث لا ينافيه وجهان : من شهادة الحال بالاذن في مثل ذلك ، والنهي عن التصرف في ملك الغير بغير اذنه .

أقول : لا يخفى أنه وان كان لا خلاف ولا اشكال في النهي عن التصرف في ملك الغير الا باذنه ، الا أن اجراء ذلك فيما نحن فيه ممنوع ، لأن مقتضى الاجارة اشتغال الذمة بأداء العمل المستأجر عليه ، والحال أنه لا خلاف ولا اشكال في براءة الذمة بادائه على هذا الوجه ، حيث أن المفروض عدم المنافاة ، واذا ثبت براءة الذمة من العمل المذكور ، فلا يضر هذا التصرف بوجه من الوجوه ، واللازم مما ذكروه ـ لو تم ـ المنع من كلامه مع الغير مطلقا ، وكذا نظره لغيره ، وبطلانه أوضح من أن يخفى والظاهر أن له في الصورة المذكورة العمل فيما لم تجر العادة بوجوب العمل فيه للمستأجر كالليل ، لكن يشترط أن لا يؤدي الى ضعف العمل نهاراً ، وكما أنه لا يجوز له العمل بما ينافي العمل للمستأجر عليه ، كذلك لا يجوز للغير استعماله في المنافي .

والذي حضرني من الأخبار في المقام مارواه في الكافي في الموثق عن اسحاق بن عمار (١) « قال : سألت أبا ابراهيم عليه‌السلام عن الرجل يستأجر الرجل بأجرة معلومة

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٧ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٣ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٠ ح ١ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فيبعثه في ضيعة فيعطيه رجل آخر دراهم ويقول: اشتربها كذا وكذا ومار بحت بيني وبينك ، فقال اذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس » .

وهي دالة بالمفهوم على ثبوت البأس مع عدم الاذن ، والظاهر أن المراد به التحريم ، ويحمل الخبر على الأجير الخاص كما هو ظاهر الكلام ، وبه استدل في المفاتيح على الحكم المذكور .

الثاني : في الأجير المشترك وقد عرفت تعريفه ورجوعه إلى ثلاثة أقسام :
الاول : الاستيجار على عمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة ، كأن يستأجره على تحصيل الخياطة بنفسه أو غيره يوماً .

الثاني : أن يستأجره على عمل مجرد عن المدة مع تعيين المباشرة ، كأن يستأجره ليخيط له ثوباً بنفسه ، من غير أن يقيّده بمدة .

والثالث : أن يكون مجرداً عنهما كان يستأجره على تحصيل خياطة ثوب بنفسه أو غيره من غير تقييد بزمان ، وهذا يجوز له العمل لغير من استأجره ، لأن مقتضى الاستيجار هنا بجميع أقسامه الثلاثة أنه يجب عليه أن يعمل ذلك العمل بنفسه أو غيره أيّ زمان أراد ، ولم يملك المستأجر عماه ومنفعته على وجه لايجوز له العمل لغيره ، كما في الأول ، بل له عليه ذلك العمل مطلقا ، الا أن يكون ثمة قرينة تدل على كونه في زمان خاص كالحج ، فإنه يصير من قبيل الأجير الخاص ، أو قلنا بوجوب العمل بعد الفراغ من العقد ، كما نقل عن شيخنا الشهيد ، فإنه نقل عنه في بعض تحقيقاته أن الاطلاق في كل الاجارات يقتضي التعجيل والمبادرة إلى الفعل ، وعلى هذا يقع التنافي بينه وبين عمل آخر في صورة اعتبار المباشرة ، وفرع عليه منع صحة اجارة الثانية في الصورة المذكورة .

والظاهر ضعف القول المذكور ، ولعدم وضوح الدليل عليه لامن الأخبار ولامن الاعتبار قال في المسالك : ونعم ما قال : واعلم أن الشهيد حكم في بعض تحقيقاته بأن الاطلاق في كل الاجارات يقتضي التعجيل ، وأنه يجب المبادرة الى

ذلك الفعل ، فإن كان مجرداً عن المدة خاصة فبنفسه ، والا تخير بينه وبين غيره ، فيقع التنافي بينه وبين عمل آخر في صورة المباشرة ، و فرع عليه منع صحة الاجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع المباشرة ، كما منع في الأجير الخاص، وما تقدم في الاجارة للحج مؤيد لذلك ، فإنهم حكموا بعدم صحة الاجارة الثانية مع اتحاد زمان الايقاع نصاً أو حكماً كما لو أطلق فيهما أو عين في أحد هما بالسنة الأولى ، وأطلق في الأخرى ، ولا ريب أن ما ذكره أحوط ، وان كان وجهه غير ظاهر ، لعدم دليل يدل على الفورية ، وعموم الأمر بالايفاء بالعقود ونحوه لايدل بمطلقه على الفور عندهم ، وعند غيرهم من المحققين ، سلمنا لكن الأمر بالشيء إنما يقتضى النهي عن ضده العام ، وهو الأمر الكلي لا الأفراد الخاصة ، سلمنا لكن النهي في غير العبادات لايدل على الفساد عندهم ، والأسناد الى ما ذكر من الحج ليس بحجة بمجرده ، ويتفرع على ذلك وجوب مبادرة أجير الصلاة الى القضاء بحسب الامكان وعدم جواز اجارة نفسه ثانياً قبل الاتمام ، وأما تخصيص الوجوب بصلوات مخصوصة وأيام معيّنة فهو من الهذيانات الباردة والتحكمات الفاسدة ، انتهى وهو جيد وجيه كما لايخفى والله سبحانه العالم .

الثانية : لاخلاف ولا اشكال في أنه تملك الاجرة بنفس العقد ، لاقتضاء صحة المعاوضة نقل الملك في كل من العوضين من أحد هما الى الاخر ، كما في البيع وسائر عقود المعاوضات اللازمة ، والاجارة منها ، لكن لايجب تسليم الأجرة إلا بتسليم العين المستأجرة ان كانت الاجارة على عين ، أو تمام العمل ان كانت الاجارة على عمل ، ولايجوز تأخيرها مع الطلب ، والحال كذلك ، ومما يدل عليه بالنسبة إلى تمام العمل مارواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن هشام بن الحكم(١) عن أبي عبدالله عليه السلام « في الجمال والأجير قال : لايجف عرقه حتى تعطيه أجرته » .

وعن شعيب (٢) قال تكارينا لأبي عبدالله عليه السلام قوماً يعملون في بستان له ،

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٢ و ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ١١ و ١٢ الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٦ ح ١ و ٢ .

وكان أجلهم الى العصر فلما فرغوا قال لمعتب : أعطهم أجورهم قبل أن يجف عرقهم » .

والظاهر أن ذكر جفاف العرق كناية عن السرعة في الأعطاء وبالجملة فإن الأجرة تتعلق بذمة المستأجر بمجرد العقد ، ولكن لايجب التسليم الا بعد أحد الأمرين المذكورين ، وأما قولهم يجب تسليم الاجارة مع الاطلاق ، فالظاهر أن المراد به أول وقت وجوب الدفع ، الذي هو عبارة عن تسليم العين ، أو الفراغ من العمل .

قال في المسالك ــ بعد قول المصنف ويجب تعجيلها مع الأطلاق ومع شرط التعجيل ما صورته ــ : المراد بتعجيلها مع الاطلاق في أول أوقات وجوب دفعها ، وهو تمام العمل ، وتسليم العين الموجرة ، لأن بتسليم أحد العوضين تسلط على المطالبة بالأجرة بمقتضى المعاوضة الموجبة للملك ، ثم انه على تقدير ما ذكرنا من أنه لايجب التسليم الابعد أحد الأمرين المذكورين ، قالوا : لوكان المستأجر وصياً لم يجز له التسليم قبل ذلك الامع الأذن صريحاً أو بشاهد الحال ، ولوفرض توقف العمل على الأجرة كالحج مثلاً وامتنع المستأجر من التسليم والظاهر كما استظهره في المسالك أيضاً جواز الفسخ ، ولوشرط التعجيل في الأجرة لم يزد على ما اقتضاه الاطلاق كما عرفت من أنه يجب التعجيل مع الأطلاق .

نعم يفيد ذلك تأكيداً ويتفرع عليه تسلط الموجر علىالفسخ لوشرط ذلك في مدة مضبوطة ، فأخل به ، ونحوه لوشرط القبض قبل العمل ، أو تسليم العين الموجرة ، فإنه يصح عملاً لعموم أدلة لزوم الشروط في العقود اللازمة ، ويتسلط علىالفسخ مع الأطلاق به كما في غيره ، وقد تقدم الكلام في ذلك في كتاب البيع ، وتقدم القول بعدم تسلطه على الفسخ ، بل الواجب رفع الأمر الىالحاكم ، وجبره على القيام بالشرط ، فليرجع في تحقيق ذلك من أحب الوقوف على الخلاف في المسئلة الي ما قدمناه ثمة (١) .

(١) ج ١٩ ص ٣٤ .

ولو شرط التأجيل في الأجرة صح أيضاً بشرط ضبط المدة وكذا لو شرطها نجوماً بأن يدفع العين أو يعمل العمل ولا يطالب بالأجرة الى الأجل المعين ، أو يقسطها فيجعل لكل أجل قسطاً معلوما منها ، فإنه لا مانع من ذلك عملاً بعموم الأدلة ، وعدم ظهور المانع ، وكذا لافرق بين الاجارة الواردة على عين معينة ، أو الاجارة المطلقة الواردة على ما في الذمة ، ولا خلاف عندنا في شيء من هذه الأحكام ، والله سبحانه العالم .

الثالثة : قالوا : لووجد بالأجرة عيباً سابقاً على وقت القبض ، فإن كان الأجرة مطلقة وهي المضمونة تخير بين الفسخ وأخذ العوض وان كانت معينة تخير بين الفسخ والأرش ، وعلل الأول بأن المطلق يتعين بتعيين المالك ، وقبض المستحق كالزكاة فحينئذ له الفسخ ، لكون المعينة معيبة ، وله الا بدال بالصحيح الذي هو مقتضى العقد ، وهو المشار اليه بالعوض .

والتحقيق ما ذكره جملة من محققي المتأخرين أن مقتضى الأطلاق الحمل على الصحيح ، وهو أمر كلي لاينحصر في المدفوع ، ودعوى تعينه بما ذكر ممنوع ، وقضية ذلك حينئذ أنه لافسخ هنا ، و إنما له العوض ، نعم لوتعذر العوض توجه الفسخ ، وتخير بينه و بين الرضا بالمعيب مع الأرش عوض ما فات بالعيب لتعين المدفوع اليه ، من حيث تعذر عوضه ، كما هو الحكم في الثاني و هوما إذا كانت معينة ، فإنه يتخير كما قدمنا نقله عنهم بين الفسخ والرضا به مع الأرش ، من حيث أن تعينه مانع من البدل ، كما تقدم في كتاب البيع ، و دليله ظاهر مما تقدم في بيع المعيب (١) الا أن لقائل أن يقول : باختصاص هذا الحكم بالبيع ، كما هو مورد الدليل .

وظاهرهم أنه لا دليل هنا على ما ذكروه الا الحمل على البيع ، وفيه مالا يخفى ، فمن الجائز هنا انحصار الحكم في الفسخ خاصة ، والى هذا يميل كلام

(١) ج ١٩ ص ٧٩ .

المحقق الأردبيلي حيث قال ـ بعد قول المصنّف و إذا كانت معينة لـه الفسخ أو الأرش ـ : كان دليله ظاهـر مما تقدم في بيع المعيب ، أو يمكن اختصاص البيع بالحكم لدليله ، ويكون هنا الفسخ فقط ، بل ويمكن الانفساخ أيضاً ، لعدم وقوع الرضاء به ، انتهى وهو جيد والله سبحانه العالم .

الرابعة : الظاهر أنه لاخلاف في أنه لو استأجر داراً أو دابة أو غير هما من الأعيان فإن له أن يؤجرها على غيره إذا لم يشترط عليه المالك استيفاء المنفعة بنفسه ، ونقل الاجماع في التذكرة عليه ، وقيده جملة من الأصحاب منهم العلامة والمحقق الشيخ علي وغيرهم ، بأنه لايسلم العين الى المستأجر الثاني الا باذن المالك ، والا لكان ضامناً لها ، واعترضه المحقق الأردبيلي فقال : ماعرفت دليله ، والظاهر عدم الاشتراط ، وعدم الضمان بدونه ، للأصل وللاذن بالأستيجار .

وقد سبقه الى ذلك شيخنا الشهيد على ما نقل عنه في المسالك ، فانه قوى الجواز من غير ضمان ، قال : لأن القبض من ضروريات الاجارة للعين ، وقد حكم بجوازها والأذن في الشيء إذن في لوازمه ، ورد بمنع كون القبض من لوازمها لأمكان استيفاء المنفعة بدونه ، أقول : الأظهر في الاستدلال على ذلك هو الاستناد الى الأخبار الدالة على جواز الاجارة ممن استأجر وقد تقدمت في كتاب المزارعة ، فان اطلاقها ظاهر في عدم هذا الاشتراط ، وتقييدها بما ذكروه يحتاج الى دليل واضح ، وليس فليس .

ويدل على ذلك خصوص ما رواه الكليني والشيخ في الصحيح عن علي بن جعفر (١) عن أخيه « قال : سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاها غيره فنفقت ماعليه ؟ قال : ان كان اشترط أن لايركبها غيره فهوضامن لها ، وان لم يسم فليس عليه شيء » والى هذا القول مال أيضا في المسالك استناداً الى الصحيحة المذكورة ، وحينئذ فله أن يؤجرها بأقل مما استأجر أو ما ساواه بلا خلاف .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩١ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٥ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٨ ح ٦ .

وانما الخلاف في جواز الاجارة بالأكثر فالمشهور ذلك، قال بعض محققي متأخري المتأخرين و الأصل والقاعدة وأدلة جوازها تقتضي جوازها بأكثر من الأجرة ولو كان بجنسها أيضاً وان لم يحدث حدثاً من عمارة وشبهها ، انتهى .

ونقل جملة من المتأخرين الخلاف هنا عن الشيخ في المسكن والأجير والخان قال في التذكرة : قال الشيخ : لايجوز أن يوجر المسكن ولاالخان ولاالأجير بأكثر مما استأجره إلا أن يوجر بغير جنس الأجرة أو يحدث ما يقابل التفاوت ، وكذا لو سكن بعض الملك لم يجز أن يؤجر الباقي وعلى هذا النهج كلام المحقق وغيره ، والمفهوم من كلام المختلف أن موضع الخلاف أعم من هذه المذكورات، قال في الكتاب المذكور: قال الشيخان : اذا استأجر شيئاً لم يجز أن يؤجره بأكثر مما استأجره به الا أن يحدث فيه حدثاً من مصلحة ونفع اذا اتفق الجنس ، وبه قال المرتضى ظاهراً ، انتهى .

وقد تقدم تحقيق الكلام في المقام بما لايحوم حوله نقض ولا ابرام في كتاب المزارعة ، (١) وان كان محله انما هو هذا الكتاب ، الا أنه جرى القلم به ثمة استطراداً فليرجع إليه من أحب الوقوف عليه .

الخامسة : المشهور بين الأصحاب أنه لو استأجره ليحمل عليه متاعاً الى موضع معين بأجرة في وقت معين فان قصر عنه نقص من أجرته شيئاً جاز ، ولو شرط سقوط الأجرة ان لم يوصله فيه لم يجز وكان له أجرة المثل ، قال الشيخ في النهاية : من اكترى من غيره دابة على أن يحمل له متاعاً الى موضع بعينه في مدة من الزمان ، فان لم يفعل ذلك نقص من أجرته كان ذلك جائزاً مالم يحط بجميع الأجرة ، وان أحاط الشرط بجميع الأجرة كان الشرط باطلا ، ولزمه أجرة المثل ونحوه كلام ابن الجنيد ، وكلام ابن البراج وغيرهما الا أن ظاهر كلام ابن الجنيد أنه متى أحاط الشرط بالأجرة كملا وجب القضاء بالصلح فلا تسقط الأجرة كلها ولا بأخذها جميعاً ، وظاهر العلامة في المختلف ــ ونقل عن ابنه فخر المحققين أيضا ــ

(١) ج ٢١ ص

بطلان العقد، لبطلان الشرط، فتجب أجرة المثل سواء أوصله في المعين أم غيره، وسواء أحاط بالأجرة أم لا، ولايخفى مافيه، فانه اجتهاد في مقابلة النص، كما سيظهر لك انشاء الله تعالى.

وقال ابن ادريس: والأولى عندي أن العقد صحيح، والشرط باطل، لأن الله تعالى قال (١) «أوفوا بالعقود» وهذا عقد فيحتاج في فسخه الى دليل، والشرط اذا انضم إلي عقد شرعي صح العقد، وبطل الشرط، اذا كان غير شرعي وأيضاً لادليل على ذلك من كتاب ولاسنة متواترة ولااجماع منعقد، ولم يورد أحد من أصحابنا هذه المسئلة إلا شيخنا في النهاية، لا أنها تضمنت التواتر وغيره.

أقول: ما ذكره ابن ادريس جيد على أصله الغير الأصيل، والذي يدل على ما ذكره الشيخ ما رواه المشايخ الثلاثه في الصحيح عن محمد بن مسلم (٢) قال: سمعت أباجعفر عليه السلام يقول: اني كنت عندقاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما: اني اكتريت من هذا دابة ليبلغني عليها من كذا وكذا الى كذا وكذا فلم يبلغني الموضع فقال القاضي لصاحب الدابة: بلغته الى الموضع؟ قال: لاقد أعيت دابتي فلم تبلغ فقال له القاضي: فليس لك كراء إذا لم تبلغه الى الموضع الذي اكترى دابتك اليه، قال عليه السلام فدعوتهما الي فقلت للذي اكترى ليس لك ياعبدالله أن تذهب بكراء دابة الرجل كله، وقلت للآخر: ياعبدالله ليس لك أن تاخذ كراء دابتك كله ولكن انظر قدر مابقي من الموضع وقدر ماركبته فاصطلحا عليه ففعلا».

هذا صورة الخبر في الفقيه، وفيه برواية الكتابين الأخيرين حذف ونقصان واخلال بالمعنى المذكور في هذا المنقول.

(١) سورة المائدة ــ الآية ١.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٠ ح ٧٢ و ٣٢، الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢١٤ ح ٢٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٣ ح ١.

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ومارواه المشايخ المذكورون أيضاً في الموثق عن محمد الحلبي (١) «قال كنت قاعداًعند قاض من القضاة ، وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس ، فأتاه رجلان فقال أحدهما : اني تكاريت ابل هذا الرجل ايحمل لي متاعاً الى بعض المعادن فاشترطت عليه أن يدخلنى المعدن يوم كذا و كذا ، لأنها سوق أتخوف أن يفوتنى ، فان احتسبت عن ذلك حططت من الكرى عن كل يوم احتبسه كذا و كذا ، وانه حبسنى عن ذلك الوقت كذا و كذا يوماً فقال القاضي : هذا شرط فاسد وفه كراه ، فلما قام الرجل أقبل الي أبو جعفر عليه السلام فقال : شرطه هذا جائز مالم يحط بجميع كراه» .

وأنت خبير بأن الرواية الأولى من هاتين الروايتين وان استدل بها الأصحاب للشيخ كما ذكرناه ، الا أن الظاهر أنه لادلالة فيها عند التأمل ، إذ غاية ماتدل عليه أنه اذا شرط عليه أن يوافي به الى موضع معين في يوم معين صح ذلك ، فلو لم يفعل وجب الصلح باسقاط بعض الأجرة بنسبة ماتركه من الموضع ولم يبلغه فيه ، ولادلالة فيها على أجرة المثل أيضاً نعم الرواية الثانية ظاهرة الدلالة على المطلوب .

وأما مايظهر من المسالك ــ وقبله الشيخ المحقق الشيخ علي من الحكم ببطلان الأجارة هنا ، قال في المسالك بعد ذكر المصنف الحكم المذكور كما قدمنا ذكره عن الأصحاب : هذا قول الأكثر ، ومستنده روايتان صحيحة وموثقة عن محمد بن مسلم والحلبي عن الباقر عليه السلام ويشكل بعدم تعيين الأجرة لاختلافهما على التقديرين كمالو باعه بثمنين على تقديرين ، ومن ثم ذهب جماعة الى البطلان ويمكن حمل الأخبار على الجعالة الى آخر كلامه ــ ففيه أن عموم أدلة وجوب الوفاء بالعقود ووجوب الوفاء بالشروط كتاباً وسنة مما تقضي بالصحة فيهذا العقد ، وما ادعاه من البطلان بهذه الجهالة لادليل عليه ، بل الدليل واضح في خلافه كالخبر المذكور ، ومثله صحيحة أبي حمزة (١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكترى

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ ح ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٤ ح ٢٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٢ ح ٣٢٧٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٣ ح ٢ .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٤ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٩ ح ١ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الدابة فيقول : اكتريتها منك الى مكان كذا وكذا فان جاوزته فلك كذا وكذا زيادة وسمى ذلك قال : لابأس به كله » وهي مع صحتها صريحة في عدم اشتراط ما ادعاه من العلم ، وعدم الضرر بمثل هذه الجهالة ، وتمسكه في البطلان بما لو باعه بثمنين على تقديرين مردود ، بأنه وإن قيل : بالبطلان في ذلك إلا أن مقتضى الأخبار الصحة كما تقدم تحقيقه في كتاب البيع ،وهو مؤيد لما ذكرناه هنا وبه يظهر أن ماذكراه من التنزيل على الجعالة لاموجب له ،ولاضرورة تدعو اليه ، على أنه لامعنى لقوله عليه السلام في الرواية « مالم يحط بجميع كراه » إذ الظاهر كما ذكره بعض المحققين هو صحة هذا الشرط في الجعالة ، ولو كانت جعالة لم يتجه هذا الأستثناء ، ويؤيد ما ذكرناه أيضاً ماصرح به جملة منهم من الصحة في قولهم إن خطته رومياً فلك كذا ، وإن خطته فارسياً فلك كذا وقولهم إن عملت هذا العمل اليوم فلك درهمان ، وإن عملته في غد فلك درهم ، كما سيأتي تحقيق ذلك انشاء الله تعالى .

وبالجملة فان كلاً من الفعلين المردد بينهما في هذه المواضع المعدودة ، معلوم ، وأجرته معلومة ، والواقع لايخلو منهما ، فلا مانع من الصحة ، والمعلومية على هذا الوجه كافية ، بمقتضى ما ذكرناه من الاخبار في البيع ، والأجارة ، ودعوى الزيادة على ذلك بحيث يحكم بالبطلان مع عدمها يتوقف على الدليل ، وليس فليس والله سبحانه العالم .

السادسة : اختلف الأصحاب فيما لو قال :آجرتك كل شهر بكذا فقيل : بالبطلان مطلقاً لجهالة العوضين المقتضية للغرر إذ لا يلزم من مقابلة جزء معلوم من المدة بجزء معلوم من العوض كون مجموع العوضين معلومين ، فان العوض هنا المجموع ، وهو مجهول وانما عليه اجرة المثل فيما سكن ، لعدم صحة الاجارة والى هذا القول ذهب ابن ادريس والمختلف والمسالك وغيرهم ، وقيل : ان الاجارة تصح في شهر وتبطل في الباقي وله أجرة المثل ان سكن وهو المنقول عن الشيخين في المقنعة والنهاية ، وبه صرح في اللمعة والشرايع وغيرهم ، والوجه فيه أن الشهر

معلوم وكذا أجرته فلا مانع من الصحة فيه ، نعم يبطل الزايد لعدم انحصاره في وجه معيّن ، وأن الأجرة تابعة له ، ورجح المحقق الأردبيلي الصحة مطلقاً في المسئلة ، حيث قال بعد ذكر القولين المذكورين ، وهيهنا احتمال ثالث ، وهو الصحة في كل ماجلس ، واشتراط العلم بحيث يمنع من هذا غيرمعلوم ، ولاضرر ولا غرر ، إذ كلما جلس شهراً يعطى ذلك ، ونصفه في نصفه ، وعلى هذا انتهى وهو جيد ، ووجهه معلوم مما قدمناه في سابق هذهالمسئلة من الأخبار المذكورة ، والعلل المأثورة .

أقول : و يظهر من كلام ابن الجنيد هنا القول بذلك ، حيث قال على ما نقله في المختلف : وقال ابن الجنيد : ولابأس أن يستأجر الدار كل شهر بكذا وكل يوم بكذا ، ولا يذكر نهاية الأجل ، ولو ذكرها عشرين سنة أو أقل أو أكثر جاز ذلك ، انتهى ، وهو ظاهر كما ترى في القول بالصحة ، ولم أقف على من نقله عنه في كتب الاستدلال كالمسالك وغيره ولا أشار اليه ، وإنما المشهور في كتبهم نقل القولين المذكورين .

وكيف كان فانك قد عرفت في مواضع مما قدمناه في المباحث السابقة أن الحق الحقيق بالاتباع وان كان قليل الاتباع هو الوقوف في موارد الأحكام على النصوص ، وعدم الالتفات إلى ما اشتهر بينهم من القواعد التى زعموها أصولاً حتى ردوا لأجلها الأخبار ، وارتكبوا فيها التأويلات البعيدة والى القول بالصحة هنا أيضاً يميل صاحب الكفاية ، وقد عرفت قوته .

وقد اختلفوا أيضاً في مالو قال : ان عملته اليوم فلك درهمان ، وان عملته في غد فلك درهم ، فقيل : بالصحة وهو اختيار الشرايع واللمعة تبعاً للخلاف ، حيث قال في الكتاب المذكور : إذا استأجره لخياطة ثوب ، وقال : ان خطت اليوم فلك درهم ، وان خطت في الغد فلك نصف درهم ، صح العقد فيهما ، لأن

الأصل جواز ذلك ، والمنع يحتاج الى دليل ، وقوله عليه السلام (١) « المؤمنون عند شروطهم » وفي أخبارهم ما يجرى مثل هذه المسئلة بعينها منصوصة (٢) وهي أن يستأجر منه دابة على أن يوافي به يوماً بعينه على أجرة معينة ، فان لم يواف به ذلك اليوم كان أجرتها أقل من ذلك ، وان هذا جائز » ، وهذا مثلها بعينها سواء ، وقال في المبسوط : صح العقد فيهما ، فان خاطه في اليوم الأول كان له الدرهم ، وان خاطه في الغد كان له أجرة المثل ، وهو ما بين الدرهم والنصف ، ولا ينقص من النصف الذي سمى ، ولا يبلغ الدرهم ، قال في المختلف : وهذا القول الذي اختاره في المبسوط قول أبي حنيفة .

وقال ابن ادريس : يبطل العقد وتبعه عليه أكثر المتأخرين كالمحقق الثاني والشهيد الثاني في المسالك ، والعلامة في المختلف ، وغيرهم اعترض في المختلف على كلام الشيخ في الخلاف ، فقال : وقول الشيخ بالأصل ممنوع ، اذ يترك لقيام معارض ، وفرق بين صورة النزاع وصورة النقل ، لأن صورة النقل أوجب عليه أن يوافي به في يوم بعينه ، وشرط ان لم يفعل أن ينقص من أجرته شيئاً ، وصورة النزاع لم توجب شيئاً معيناً فتطرقت الجهالة اليه ، بخلاف الأول انتهى .

وفيه أن الأصل الذي تمسك به الشيخ أصل رزين ، وهو العومات الدالة على صحة العقود والشروط كتاباً وسنة ، وما عارضه به ليس الا مجرد دعواهم الجهالة في الصورة المذكورة ، ونحوها مما تقدم ، والدليل على الأبطال بنحو هذه الجهالة غير ثابت ، بل المعلوم من الأدلة كما عرفت إنما هو خلافه ، وما ادعاه من الفرق أيضاً بين صورة النزاع والنقل ضعيف أيضاً ، لأن المنازع في تلك المسئلة إنما تمسك بما تمسك به هنا من الجهالة ، ورد الرواية بذلك كما عرفت ، ومرجع الرواية الى أنه ان أدخله في ذلك الوقت المعين فله كذا ، وان تخلف عنه فله

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ١٥٠٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ و ج ١٣ ص ٢٥٣ ح ١ .

أنقص ، وهذا عين ما نحن فيه .

نعم ما ذكره في المبسوط ضعيف بما اورده عليه في المختلف ، حيث قال : وتفصيل الشيخ في المبسوط ضعيف ، لأن العقد ان صح فله المسمى ، وان بطل فله أجرة المثل ، ويكون وجوده كعدمه ، كسائر العقود الباطلة ، انتهى .

ولو قال : ان خطته فارسياً فلك درهم ، وان خطته رومياً فلك درهمان ، وفسر الرومي بدرزين ، والفارسي بدرز واحد ، فالخلاف المتقدم ، الا ان ابن ادريس قال هنا بعد الحكم بالبطلان : وان قلنا هذه جعالة كان قويا ، فإذا فعل الفعل المجعول عليه استحق الجعل ، واعترضه في المختلف بأنه ليس بجيد ، لتطرق الجهالة الى الجعل ، فيجب أجرة المثل وأجاب في المسالك بأن مبنى الجعالة على الجهالة في العمل والفعل كمن رد عبدي فله نصفه ، ومن رد عبدي فله كذا ، ومحله غير معلوم ، وكذا من رد عبدي من موضع كذا ، فله كذا أو من موضع كذا فله كذا مع الجهالة فيهما انتهى ، والكل نفخ في غير ضرام ، لما عرفت من التحقيق في المقام والله سبحانه العالم .

السابعة : قد تقدم أنه لا خلاف ولا اشكال في أن الأجير يملك الأجرة بنفس العقد ، ولكن لا يجب التسليم الا بتسليم العين المستأجرة ان كانت الأجارة على عين ، أو تمام العمل ان كانت على عمل ، وإنما الكلام هنا في أنه هل يتوقف استحقاق المطالبة بالأجرة بعد العمل على تسليم العين المعمول فيها كثوب يخيطه ، وشيء يصلحه ، ونحو ذلك ؟ وفيه أقوال ثلاثة ، فقيل : بعدم التوقف وهو اختيار الشرايع والأرشاد وغيرهما ، وقيل : بالتوقف على التسليم ، وهو مختار المسالك و قبله المحقق الثاني في شرح القواعد ، وقيل : بالفرق بين ما إذا كان العمل في ملك الأجير ، فيتوقف على التسليم او ملك المستأجر ، فلا يتوقف لأنه بيده تبعاً للملك ، وهذا القول نقله في الشرايع وعلل القول الاول بأن العمل إنما هو في ملك المستأجر أو ما يجرى مجراه ، بمعنى أنه وإن وقع في ملك الأجير الا أنه لما

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كانت يد الأجير كيد المستأجر لأنه مأذون عنه ، وو كيل عنه أو وديعة عنده فكأنه عمل وهو في يد المستأجر ، فيكون ذلك كافياً عن التسليم ، ولهذا لوعمل وهو في يد وكيله أو ودعيه فالظاهر أنه لايحتاج الى التسليم .

والأظهر عندي الاستناد الى عموم أدلة وجوب الوفاء بالعقود ، والشروط وخصوص ماتقدم من الأخبار الدالة على أنه لايجف عرقه حتى تعطيه أجرته .

و بالجملة فان العمل هو الذي استحق بـه الأجير الأجـرة عقلا ونقلا ، والمعاوضة إنما وقعت عليه خاصة ، والعين في يد الاجير أمانـة لايضمنها إلا مـع التعـدي والتفريط ، فلا اعتبـار بتسليمها وعـدمه ، سواء كان العمـل في مـلك أحدهما أولا ، ولايسقط بعدم تسليمها مع عدم ضمانها شيء من الأجرة المستحقة بالعمل ، والروايات شاهدة بذلك .

وعلّل الثاني كما ذكـره في المسالك حيث اختاره بأن المعاوضة ، لايجب على أحد المعاوضين فيها التسليم الا مع تسليم الآخر ، قال : فالأجود توقف المطالبة بها على تسليم العين ، وان كان العمل في ملك المستأجر ، وعلى هـذا النهج كلام المحقق المتقدم ذكره .

وفيه أولا أن ما ذكره من هذه القاعدة في المعاوضة وان اشتهر في كلامهم، الا أنـه لادليل عليه ، بـل الظاهر إنما هو خلافـه ، كما تقدم تحقيقه في المطلب الثالث في التسليم من الفصل الرابع في أحكام العقود من كتاب التجارة .

وثانيا ما عرفت من دليل القول الأول .

وأما القول الثالث فوجهه ظاهر مما ذكر ، ولكنه مردود بما ذكـرناه في دليل القول الأول ، قال في المسالك : وما نقله من الفرق قول ثالث بأنـه ان كان في ملك المستأجر لم يتوقف على تسليمه ، لأنه بيده تبعاً للملك ، ولأنه غيرمسلم للأجير حقيقة ، وإنما استعان بـه في شغله كما يستعين بالوكيل ، وان كـان في ملك الأجير توقف ، وهو وسط أوجه ، من اطلاق المصنف والاوسط الذي اخترناه أوجه ، انتهى .

و فيه ما عـرفت و إلى ما رجحناه من القول الأول يميل كـلام المحقـق الأردبيلي في شرح الارشاد ، حيث قال بعد قول المصنف ويستحق الأجير الأجرة بالعمل و ان كان في ملكه ما لفظه : دليل مختاره ومختار الشرايع و غـيره هو استحقاق الأجير طلب أجرتـه بعد اتمام العمل ، وان لـم يكن سلم العين الى المستأجر وكان العمل في ملك المستأجر بل في بيت الأجير ، ولايتوقف على تسليم العين ، نعم يجب عليه تسليم العين عند الطلب مع عدم المانع الشرعي فلو منع كان غاصباً ضامناً والظاهر أنه لايستحق المستأجر المنع منه حتى يتسلم فلو منع كان غاصباً ظالما ، وهو خلاف ما مضى من أنه يملك الأجرة بمجرد العقد ، اذ قدقام الدليل العقلي والنقلي على عدم جواز منع المالك عن ملكه ، واستحقاقه الطلب ، وقـد خرج قبل العمل بالاجماع ونحوه ، وبقي الباقي و يؤيـده وجوب أجـرة العقارات قبل الاستيفاء ، وعموم وخصوص أدلة لزوم الوفاء بالعقود والشروط .

والأخبار مثل حسنة هشام بن الحكم (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « في الجمال والأجير قال : لايجف عرقـه حتى تعطيه أجرتـه » وقد مرت واختار البعض مثل المحقق الثاني والشهيد الثاني عدم استحقاقـه الا بعد تسليم العـين وان كانت في ملك المستأجر ، الا أن يكون في يد المستأجر لأنه لايلزم العوض ولم يستحق طلبه في المعاوضات إلا بالتسليم ، وتسليم المنفعة إنما هو بتسليم العين كما هو في البيع .

وفيه تأمل يعلم مما تقدم ، ولا نسلم الكلية ، ولانعرف لـه دليلا خصوصاً إذا كان العوض منفعة بعد ثبوت الملك ، وفي البيع أيضا ان كان دليل فهـو متبع لذلك ، والا نمنع هناك أيضا ، كما فيما نحن فيه ، على أنـه قد يقال : أنـه لما كانت بيد الأجير فهي بمنزلة كونـه بيد المستأجر لأنـه وكيل ومأذون في وضع اليد أو وديعة ، فكأنه فعل العمل والعين في يد المستأجر انتهى، كلامه وهو كلام شاف و إنما نقلناه بطوله لتقف على جودة محصوله ، والله سبحانه العالم .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ١١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٦ ح ١ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الثامنة : قد صرحوا بأن كل موضع يبطل فيه عقد الاجارة يجب فيه أجرة المثل ، مع استيفاء المنفعة أو بعضها ، سواء زادت عن المسمى أو نقصت ، وعلل ذلك بأن مقتضى البطلان رجوع كل عوض الى ما لكه ، كما إذا بطل البيع يرجع البايع إلى مبيعه ، والمشتري الى ثمنه ، ولا يملك أحد منهما مال الآخر ولا منافعه إلا أنه في الاجارة لما كان أحد العوضين المنفعة ومع استيفائها من العين المستأجرة يمتنع ردها وجب الرجوع إلى عوضها ، وهو أجرة المثل ، كما إذا تلفت احدى العينين في المعاوضة الباطلة ، وإلا للزم الظلم على الموجر بأخذ منفعة ماله بغير عوض ، لأنه لم يعطها مجاناً وإنما أعطاها بأجرة ، لكنها من حيث بطلان العقد لم تسلم له ، فلابد من العوض ، والمرجع فيه الى العرف المعبر عنه بأجرة المثل ، سواء زادت عن المسمى أم نقصت ، أم ساوت .

وهذا ظاهر مع الجهل ببطلان العقد ، أما مع العلم بالبطلان وأن الأجير لا يستحق بذلك أجرة ، ولا يجب على المستأجر دفعها ، فان عمل الأجير والحال هذه يرجع الى التبرع بعمله، فلا يستحق شيئاً بالكلية ، كمن خاط ثوباً لشخص بغير اذنه بالأجرة ، فانه لاحق له شرعاً ، ولو دفع المالك له شيئاً ، والحال هذه فانه يكون من قبيل سائر العطايا التي يستحق صاحبها الرجوع فيها مع بقاء العين ، وعدم الرجوع مع الاتلاف ، لأنه سلطه عليه باختياره كما صرحوا به في أمثاله .

والظاهر أن الأجير العالم كالغاصب في تصرفه ، فيترتب عليه الضمان ، بل قيل : ان المفهوم من كلامهم الضمان مع الجهل أيضا ، وهو مشكل من حيث الجهل ، واعتقاد صحة العقد ، وأنه إنما قبض بعقد صحيح ، ظاهراً ـ في اعتقاده وظهور فساده لا يكون موجباً لذلك ، فانه غير مكلف بما في الواقع ونفس الأمر من صحة أو بطلان أو تحليل او تحريم أو طهارة أو نجاسة او نحو ذلك .

ونقل في المسالك عن الشهيد : أنه استثنى عن أصل الحكم المذكور ما لو

كان الفساد باشتراط عدم الأجرة في العقد أو متضمنا له كما لولـم يذكره أجرة فانه حينئذ يقوى عدم وجوب الأجرة لدخول العامل على ذلك قال : وهو حسن ،

أقول : لقائل أن يقول بالنسبة الى الصورة الأولى وهو اشتراط عدم الأجرة كأن يقول آجرتك نفسي لأعمل لك كذا وكذا بغـير أجرة ، ان مرجع هذا الكلام الى التبرع بالعمل ، فلا أثر لقبول المستأجر ولا اذنه الذي هو شرط في صحة العقد ، وأيضاً فان هذا الشرط مناف لمقتضى معنى آجرتك كما تقدم في تعريف الاجارة من أنها عقـد ثمرته تمليك المنفعـة الخاصة بعـوض ، أو عبارة عن نفس الثمرة ، فالأظهر أنه ليس بعقد فاسد ، بل اذن في العمل بغير أجرة ، والا فلا معنى لهذا اللفظ بل لا يمـكن أن يتلفظ به عالم ، عاقل الا أن يقصد التجوز بلفظ آجرتك ، واخراجه عن معناه ، وهذا بحمد الله تعالى ظاهر .

وأما بالنسبة الى الصورة الثانية وهي ترك ذكر الأجرة ، فانه يمكـن أن يقال : ان ترك ذكرها لا يدل على الرضا بعدمها ،بل هو أعم اذ قد يكون لنسيان أو جهل أو اعتقاد أنه معلوم مقرر أو أنه ينصرف الى العـادة والعرف ، ويؤيده أن الأصل عدم التبرع ، ولهذا حكموا مع عدم صحة العقد باجرة المثل ، بناء على ذلك حتى يعلم المخرج عنه بدليل .

وبالجملة فان الترك أعم والعام لا دلالة على الخاص ، وفي المسالك بعد أن نقل عن الشهيد ما قدمنا ذكره قال : وربما استشكل الحكم فيما لو كانت الأجارة متعلقة بمنفعة عين كدار مثـلا ، فاستوفاها المستأجر بنفسه ، فان اشتراط عدم العوض إنما كان في العقد الفاسد الذي لا أثر لما تضمنه من التراضي فحقه وجوب أجرة المثل ، كما لو باعه على أن لا ثمن عليه .

ثـم أجاب بأنه مع اشتراط عدم الاجرة في الصورة المذكورة يكون ذلك من قبيل العارية دون عقد الاجارة ، قال : فان الاعارة لا يختص بلفظ مخصوص ، بل ولا يتوقف على لفظ مطلقا ، ولاشك أن اشتراط عدم الأجرة صريح في الأذن

في الانتفاع بغير عوض ، فلايترتب عليه ثبوت عوض أجرة .

أقول : وهذا ايراد آخر على القول المذكور من غير الجهة التي قدمنا ذكرها ، ثم انه قال : أما لو كان مورد الاجارة منفعة الاجير فعمل بنفسه مع فسادها ، توجه عدم استحقاقه بشيء ظاهر ، لأنه متبرع بالعمل ، وهو المباشر لاتلاف المنفعة ، ثم انه أورد على ذلك ما لو كان عمله بأمر المستأجر فانه يستحق أجرة المثل من حيث الأمر ، كما في كل أمر بعمل ، نعم لو كان عمله بغير سؤال المستأجر وأمره فانه لايستحق شيئاً بالكلية ، لتحقق التبرع حينئذ .

أقول : الظاهر أن هذا الايراد وما اشتمل عليه من التفصيل بين أمر المستأجر وعدمه انما يتم في الصورة الثانية ، وهو عدم ذكر الأجرة في العقد نفياً ولا اثباتا ، والا ففي صورة اشتراط عدم الأجرة فانه وان أمره المستأجر وأذن له الا أنه لا أثر له مع اشتراطه على نفسه عدم الأجرة الراجع الى كونه متبرعاً بالعمل كما عرفت .

ثم انه قال في المسالك بعد ذلك : فان قلت : أي فائدة في تسميته عقداً فاسداً مع ثبوت هذه الأحكام واقامته مقام العارية ، قلت : فساده بالنسبة الى الاجارة بمعنى عدم ترتب أحكامها اللازمة لصحيح عقدها ، كوجوب العمل على الأجير ونحوه ، لامطلق الأثر ، انتهى .

التاسعة : قد صرح الأصحاب بأنه يكره استعمال الأجير قبل أن يقاطعه ، والظاهر أنه لاخلاف فيه ، ويدل عليه من الأخبار ما رواه في الكافي والتهذيب عن مسعدة بن صدقة في الموثق(١) عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : من كان يؤمن بالله تعالى واليوم الآخر فلا يستعملن أجيراً حتى يعلمه ما أجره » الحديث .

وعن سليمان بن جعفر الجعفري في الصحيح (٢) « قال : كنت مع الرضا عليه السلام في بعض الحاجة وأردت أن أنصرف الى منزلي ، فقال لي : انطلق معي فبت عندي

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٤ و ص ٢٨٨ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ١١ و ص ٢١٢ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٥ ح ١ و ٢ .

الليلة ، فتطلقت معه فدخل الى داره مع المعتب فنظر الى غلمانه يعملون بالطين أوارى الدواب وغير ذلك ، اذاً معهم أسود ليس منهم ، فقال : ما هذا الرجل معكم ؟ قالوا : يعاوننا ونعطيه شيئاً قال : قاطعتموه على أجرته ؟ فقالوا : لا ، هو يرضى منّا بما نعطيه ، فأقبل عليهم يضربهم بالسوط ، و غضب لذلك غضباً شديداً فقلت : جعلت فداك لم تدخل على نفسك ، فقال : اني نهيتهم عن مثل هذا غير مرة أن يعمل معهم أحد حتى يقاطعوه على أجرته : و اعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئاً من غير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا ظن أنك نقصت أجرته فاذا قاطعته ثم أعطيته حمدك على الوفاء ، فان زدته حبّة عرف ذلك لك ورأى أنك قد زدته » .

وأنت خبير بأن ظاهر هذين الخبرين إنما هو التحريم ، إلا أنهم عليهم السلام كثيراً مايؤكدون في النهي عن المكروهات بما يوهم الحاقها بالمحرمات ، وفي المستحبات بما يكاد يدخلها في حيّز الواجبات ، وعلى هذا فربما يستفاد من الخبر الثاني جواز الضرب على فعل المكروه ، ويحتمل أن يقال : ان ذلك وإن كان مكروهاً إلا أنه من حيث مخالفة أمر المولى حيث أنه عليه السلام نهاهم عن ذلك مراراً كان ما فعلوه محرماً ، فيجوز التأديب عليه بلا إشكال .

بقي الكلام في أنه في الشرايع عدّ من جملة مايكره هنا تضمينه ، إلا مع التهمة ، حيث قال : ويكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقاطعه على الأجرة ، وأن يضمن إلا مع التهمة ، والأول من هذين الفردين قد عرفت الكلام فيه .

وأما الثاني فهو لايخلو من الاجمال الموجب لتعدد الاحتمال ، ولهذا قال في المسالك : فيه تفسيرات : الأول : أن يشهد شاهدان على تفريطه ، فانه يكره تضمينه للعين اذا لم يكن متهماً .

الثاني : لو لم يقم عليه بيّنة ، وتوجه عليه اليمين يكره تحليفه ليضمنه كذلك .

الثالث · لو نكل عن اليمين المذكورة وقضيناه بالنكول حينئذ كره تضمينه كذلك .

الرابع : على تقدير ضمانه وان لم يفرط كما اذا كان صايغاً على ماسيأتي يكره تضمينه حينئذ مع عدم تهمته بالتقصير .

الخامس : أنه يكره له أن يشترط عليه الضمان بدون التفريط على القول بجواز الشرط .

السادس : لو أقام المستأجر شاهداً عليه بالتفريط كره أن يحلف معه ليضمنه مع عدم التهمة .

السابع : لو لم يقض بالنكول يكره له أن يحلف ليضمنه كذلك .

والأربعة الاول سديدة ، والخامس مبني على صحة الشرط ، وقد بيّنا فساده وفساد العقد به ، والأخيران فيهما أن المستأجر لايمكنه الحلف إلا مع العلم بالسبب الذى يوجب الضمان ، ومع فرضه لايكره تضمينه ، لاختصاص الكراهة بعدم تهمته فكيف مع تبيّن ضمانه ، انتهى .

أقول : لا يخفى ان الكراهة حكم شرعي يتوقف على الدليل كالوجوب والتحريم والاستحباب ، ومتى ثبت للانسان حق شرعي بالبيّنة أو اليمين أو النكول أو نحو ذلك لاوجه لكونه يكره له أخذه من غير دليل ، يدل على ذلك وبه يظهر ما في أكثر هذه المواضع المعدودة .

والأظهر عندى هو حمل ذلك على الصايغ والقصار ونحوهما ممن يعطى الأجرة ليصلح فيفسد أو يتلف ، فان الروايات قد اختلف في تضمينهم مع دعوى التلف ، وعدم التفريط في الافساد فأكثر الأخبار على تضمينهم مع التفريط .

وجملة من الأخبار قد فصلت بين كونه مأموناً فلا ضمان عليه ، ومتهماً فضمنه ، وبعض الأخبار يدل على عدم التضمين مطلقاً ، وطريق الجمع بين الجميع كراهة التضمين إلا مع التهمة ، وسيأتي تحقيق الكلام في ذلك انشاء الله تعالى ،

وبسط الأخبار والأقوال في المطلب الثالث في الأحكام .

وأما قوله : ان الخامس مبني على صحة الشرط ، وقد بيّنا فساده ، ففيه إنا قد بيّنا صحته بما هو ظاهر للناظر ، كما تقدم في الموضع الخامس من المطلب الأول ، إلا أن فيه ما عرفت من أن مجرد صحته وجوازه لا يستلزم الكراهة ، بل الأصل صحته وجوازه من غير كراهة كغيره من الأمور الجائزة المباحة حتى يقوم دليل على الكراهة ، والله سبحانه العالم .

العاشرة: قد صرحوا بأن المنفعة تملك بنفس العقد ، كما تملك الأجرة ، ووجهه ظاهر مما تقدم في المسألة الثانية من مسائل هذا المطلب ، من اقتضاء صحة المعاوضة ولزومها نقل الملك في كل من العوضين من أحدهما الى الآخر كالبيع ، وساير عقود المعاوضات اللازمة والاجارة من جملتها ، فالمنفعة هنا منتقل الى المستأجر بنفس العقد ، وان كان انما يستوفيها تدريجاً وشيئاً فشيئاً وهو غير منافٍ للملك ، إذ لا يشترط في التمليك وجود المملوك ، وملك المستأجر لها هنا على حسب ملك الموجر لها ، فانه لا إشكال في أنه مالك لمنفعة نفسه ، وليس ذلك إلا باعتبار صحة تصرفه فيها كتصرفه في العين بالنقل الى غيره ، فكذا المستأجر باعتبار صحة استيفائها ونقلها الى غيره ، ونحو ذلك من لوازم الحقوق المالية .

وبالجملة فان ملك المستأجر لها على حسب ملك الموجر لها ، ولم يخالف في ذلك الا بعض العامّة ، حيث زعم أن المستأجر لا يملك المنفعة بالعقد ، لأنها معدومة ، بل يملكها على التدريج شيئاً فشيئاً بعد وجودها ، وحدوثها على ملك الموجر ، وجعل ملك الأجرة تابعاً لملك المنفعة ، فلا يملكها الموجر إلا تدريجاً كذلك ، وضعفه أظهر من أن يخفى ، وكما يملك الموجر الأجرة بمجرد العقد كذلك يملك المستأجر المنفعة بمجرده ، ولا فرق بينهما إلا بأن تسليم الأجرة موقوف على دفع العين المستأجرة إن وقع الاستيجار على منفعة تلك العين ، أو إتمام العمل إن وقع على العمل كما تقدم ، والمنفعة يجب تسليمها مع الطلب

بتسليم العين التي يراد الانتفاع بها إن كان كذلك ، أو عمل الأجير إن كان الاستيجار على عمله .

قيل : ويمكن جواز منع كل واحد منها عما في يد صاحبه الذى انتقل اليه حتى يتسلم حقه ، كما قيل في البيع والشراء ، وهذا في غير العمل ، كالعين المستأجرة للانتفاع من دار ودابة ونحوهما ، أما العمل كالخياطة فانه يجب عليه العمل ، ولا يجب تسليم الاجرة اليه إلا بعد كماله ، والفرق بينهما أن العمل مقدور للعامل ، فيعمل ثم يأخذ حقه ، بخلاف المنفعة فانها إنما تستوفي باستعمال المستأجر مع مضي الزمان ، وليس على الموجر إلا تسليم العين وقد فعل ، فيترتب عليه وجوب دفع الأجرة ، وحينئذ فيمكن ما ذكره ، إلا أنك قد عرفت مافيه في كتاب البيع ، وقد تقدمت الاشارة اليه أيضاً في المسئلة السابقة من مسائل هذا المطلب .

الحادية عشر: قيل : يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد ، فلو أطلق أو عين شهراً متأخراً عن العقد بطل العقد ، وهو منقول عن المبسوط والخلاف ، وعن أبي الصلاح متابعة الشيخ في الفرد الثاني ، ونقل عن الشيخ الاحتجاج على ما ذكره في كل من الفردين بأن عقد الاجارة حكم شرعي ، ولايثبت الا بدلالة شرعية ، وليس على ثبوت الاجارة في الموضعين المذكورين دليل ، فوجب أن لايكون صحيحاً .

واحتج أبوالصلاح ـ على الموضع الذي تبع فيه الشيخ ـ بأن صحة الاجارة تتوقف على التسليم .

وأجيب عن حجة الشيخ بأن الدليل موجود ، وهو الأدلة العامة كتاباً وسنة على وجوب الوفاء بالعقود ، والأصل ، وعن حجة أبي الصلاح بالمنع من توقف الصحة في مطلق الاجارة على التسليم ، بل هو عين المتنازع ، ومحل البحث سيما مع ما عرفت من أصالة الصحة ، وعموم الأدلة الدالة على الصحة حتى يقوم دليل

على خلاف ذلك .

وأورد على هذا القول في المسالك أيضاً بأن شرط الاتصال يقتضي عدمه ، لأن كل واحد من الأزمنة التي تشتمل عليها مدة الأجارة معقود عليه ، وليس متصلا منها بالعقد ، سوى الجزء الأول ومتى كان اتصال باقي الأجزاء غير شرط ، فكذا اتصال الجميع ، انتهى ،

وظني ضعفه ، فان الزمان المشترط في العقود المحدد عندهم بتعيين زمان الابتداء والانتهاء أمر واحد لاتعدد فيه ، واتصاله وانقطاعه إنما هو بالنظر الى طرفيه لا الى أجزائه المركب منها ، والا لم يتم وصفه بالاتصال أو الانقطاع كما لايخفى ، وبالجملة فاني لايظهر لي وجه صحة ما أورده ، والمشهور هوالجواز مع عدم الاتصال ، وهو الأظهر لما عرفت .

أما مع الاطلاق فيبتني على ما سيأتي في القول الثاني وقيل : ان الأطلاق يقتضي الاتصال ، فلو لم يعين مبدأ اقتضى العقد كون ابتدائها متصلا بالعقد ، فيكون أولها من آخر العقد ، لأنه مقتضى العرف ، حتى ادعى بعضهم بأنه صار وضعاً عرفياً ، فكأنه قال آجرتك شهرا يكون أوله حين الفراغ من العقد ، وهوجيد ان ثبت ما ادعوه من دلالة العرف على ما ذكروه ، وإلا بطل للجهالة ، وظاهر جملة من الأصحاب كالمختلف والمسالك ذلك ، وهو يؤذن بالشك في دلالة العرف على ما ادعوه ، قال في المسالك : والأقوى الجواز مع الاطلاق ، إن دل العرف على اقتضائه الاتصال ، ونحوه في المختلف .

وأما القول بأن الاطلاق يقتضي الاتصال مطلقا كما يظهر من عبارتي الشرايع والارشاد ، ففيه أنه أعم من ذلك ، والعام لايدل على الخاص ، الا أن يكون هناك قرينة على ارادته فلا نزاع .

وبالجملة فالقول بذلك على اطلاقه ضعيف ، وأضعف منه دعوى الجواز مع الأطلاق مطلقا ، كما يظهر من ابن ادريس ، وابن البراج ، قال في المختلف :

قال الشيخ : إذا استأجر الدار شهراً ولم يقل من هذا الوقت وأطلق بطلت ، وقال ابن البراج وابن ادريس : بجوازه ، والتحقيق أن تقول ان كان العرف في الأطلاق يقتضي الاتصال ، فالحق ما قاله ابن البراج ، وان كان لايقتضيه فالحق ما قاله الشيخ ، لحصول الجهالة على التقدير الثاني دون الأول ، انتهى وهو جيد .

واحتمل المحقق الأردبيلي في صورة الأطلاق مع عدم اقتضاء العرف الأتصال الصحة أيضاً وقال : يحتمل الصحة والأختيار الى العامل ما لم يؤد الى التأخير المخل عرفاً مثل أن يستأجر العمل من دون تعيين ، والأصل وعموم الأدلة دليله ، ثم قال : وكذا لايبعد البطلان مع الاطلاق ، ومع اقتضائه الاتصال أو القيد إذا كان المنفعة بعد العقد مستحقة للغير ، لأنه كاجارة المستأجرة ، ويحتمل في الاطلاق كون الابتداء بعد خروج تلك المدة خصوصاً مع جهل الموجر ، فينصرف كون أولها إلى المدة التي تجوز اجارته ، عملا بمقتضى عموم أدلة صحة الاجارة ، وأصل عدم اشتراط كون أولها من حين العقد ، وخرج ما لم تكن تلك المدة مستحقة ، باقتضاء العرف مع الأمكان ، وبقي الباقي فتأمل انتهى .

أقول : هذا ملخص كلامهم في هذه المسئلة وأنت خبير بأني لم أقف على نص في هذا المقام ، لا في أصل المسئلة ، ولا في شيء من فروعها ، الا أن الظاهر من جملة من الروايات الواردة في نكاح المتعة ، هو أن الأطلاق يقتضي الاتصال .

ففي رواية أبان بن تغلب (١) عن أبي عبدالله عليه‌السلام كيف أقول إذا خلوت بها ، قال تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله تعالى وسنة نبيه (صلى الله عليه وآله وسلم) لاوارثة ، ولا موروثة كذا وكذا يوماً ، وإن شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهماً ، وتسمي من الأجر ما تراضيتما عليه ، قليلاً كان أو كثيراً فإذا قالت : نعم فهي امرأتك ، وأنت أولى الناس بها » الحديث .

وفي رواية هشام بن سالم (٢) قال : قلت : كيف نتزوج المتعة قال : تقول :

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٣ و ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٧٠ الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ١ و ٣ .

يا أمة الله أتزوجك كذا و كذا يوماً بكذا و كذا درهماً فاذا مضت تلك الأيام كان طلاقها في شرطها » .

وفي معناها رواية أخرى له أيضاً ونحوها روايات آخر أيضاً والتقريب فيها أنها على تعددها قد اشتركت في اطلاق العقد، وعدم ذكر الاتصال مع حكمهم عليهم السلام بصحة العقد، وترتب الأحكام عليه، فلولا أن الاطلاق يقتضي الاتصال لما حكموا عليهم السلام بالصحة في ذلك، سيما رواية أبان وقوله فيها فإذا قالت: نعم فهي امر أتك فانها صريحة في أنه بعد تمام العقد تترتب المنفعة، وحل النكاح، ومن المعلوم أن دائرة النكاح أضيق من الاجارة، لما تكاثر في الأخبار من الحث على الأحتياط في الفروج لما يترتب عليه من النسل الى يوم القيمة، وهم قد اعترفوا بأن دائـرة الاجارة أوسع من البيع، فكيف النكاح، والمتعة في التحقيق من قبيل المستأجرة كما يشير اليه جملة من أحكامها، وبه يظهر قوة ما قدمنا نقله عن الفاضلين، ويمكن حمل كلام ابن البراج وابن إدريس عليه بأنهما إنما جوزا العقد مع الاطلاق لذلك، وان لم يصرحا كما صرح المحقق، وما ادعوه من الجهالة على تقدير الاطلاق ليس في محله، وكذا ما قيل: من أنه عام والعام لايدل على الخاص، فان الجميع لا تعويل عليه، بعد ما عرفت من دلالة النصوص على ما ذكرنا، ومما يؤيد القول المشهور من الصحة لوعين شهراً متأخراً عـن العقد ما ورد مثله في المتعة أيضاً في روايـة بكار بن كردم (١) « قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجـل يلقى المـرأة فيقول لها: زوجيني نفسك شهراً ولايسمي الشهر بعينه، ثم يمضي فيلقاها بعد سنين، قال، فقال له شهره ان كان سماه، وان لم يكن سماه فلاسبيل له عليها، وهي صريحة في المراد، والله سبحانه العالم.

الثانية عشر: إذا أسلم الموجر العين المستأجرة للانتفاع بها ومضت مـدة يمكن الانتفاع فيها، واستيفاء المنفعة ولم ينتفع المستأجر بها لزمت الأجـرة،

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٦ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٧ ح ٧٥ .

للزوم العقد ، وتسليم الموجر ، وإنما التقصير في ترك الانتفاع من المستأجر ، ويؤيد ذلك مارواه في الفقيه والكافي عن اسمعيل بن الفضل(١) « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضاً فقال آجرتها كذا وكذا على أن أزرعها فان لم أزرعها أعطيك ذلك ، فلم يزرع الرجل فقال : له أن يأخذه بماله ، ان شاء ترك ، وإن شاء لم يترك » .

قالوا : ولافرق في ثبوت الأجرة عليه بالتسليم ، ومضي المدة المذكورة بين كون الاجارة صحيحة أو فاسدة ، بناء على القاعدة المشهورة عندهم من أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، ولكن مع الفساد يلزم أجرة المثل عمّا فات من المنافع في يده .

قالوا : وفي حكم التسليم مالو بذل العين فلم يأخذها المستأجر حتى مضت المدة التي يمكن الاستيفاء فيها ، فانها تستقر الاجرة ، الا أنه لابد من تقييده بالصحيحة ، والوجه فيه من حيث عدم القبض وظهور بطلان الاجارة ، واستقرار الأجرة في الصحيح أو المثل إنما يثبت من حيث صحة العقد الموجب لذلك ، وهو هنا غير حاصل قالوا وإذا استأجره لقلع ضرسه فمضت المدة التي يمكن ايقاع ذلك فيها ، فلم يقلعه المستأجر استقرت الأجرة ، أما لوزال الألم عقيب العقد سقطت الأجرة ، والوجه في الأول ظاهر ، لأن الاجير سلم نفسه للعمل ، وامتنع المستأجر من غير عذر ، فان الأجرة تستقر بالعقد والتمكين ، والوجه في الثاني بطلان الاجارة بالبرء وزوال الألم ، لأن متعلق الأجارة الموجب للصحة هو تحصيل المنفعة واللازم هنا إنما هو الضرر بادخال الألم المنهي عنه شرعاً وعرفاً ، فلايصح الاستيجار هنا كما لايصح الاستيجار على قطع يده من غير سبب موجب لذلك ، نعم لو كان ثمة سبب كما إذا كانت مستأكل يخاف من سريان الضرر الى الصحيح منها ، فانه يجوز والله سبحانه العالم .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٧ ، الفقيه ج ٣ ص ١٥٥ ح ٥ مع اختلاف يسير الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٠ ح ١ و ج ١٣ ص ٢٥٨ ح ١ .

الثالثة عشر : لو استأجر شيئاً فعرض له التلف فاما أن يكون للجميع أو البعض قبل القبض أو بعده أو لم يعرض له التلف ، ولكن عرض له نقصان في المنفعة أو عرض له ما يوجب زوال المنفعة كلها .

فههنا صور : الأولى : أن تتلف العين المستأجرة لاستيفاء المنافع منها قبل القبض ، ولا اشكال في بطلان الاجارة ، لأن استيفاء المنفعة أحد العوضين ، فاذا فات قبل قبضه بطل كما في البيع ، فاستيفاء المنفعة هنا كالقبض في البيع ، كما أن استيفاء البعض كقبض بعض المبيع .

الثانية : ان تتلف العين بعد القبض وقبل استيفاء شيء عن المنافع ، والحكم كما تقدم من بطلان الاجارة ، لفوات أحد العوضين .

الثالثة : أن يكون التلف بعد القبض واستيفاء بعض المنفعة والحكم فيها أنه يصح فيما قبضه ، ويبطل فيما بقي ومثله مالو تجدد فسخ الاجارة والحال كذلك ، ويرجع من الأجرة ما قابل المتخلف ، ويقسط المسمى على جميع المدة .

قال في المسالك : وحيث يبطل البعض يقسط المسمى على جميع المدة ، ويثبت للماضي ما قابله منها ، ثم ان كانت متساوية الاجزاء فظاهر ، والا فطريق التقسيط أن يقوم أجرة مثل جميع المدة ثم تقوم الأجزاء السابقة على التلف وينسب الى المجموع فيؤخذ من المسمى بتلك النسبة .

الرابعة : أن يتلف بعض العين خاصة فالحكم في التالف كما تقدم ويتخير عندهم في الباقي بين الفسخ لتبعيض الصفقة وبين امساك الحصة بقسطها من الأجرة .

الخامسة : لو لم يتلف شيء منها ولكن نقصت المنفعة بحدوث عيب كان ينقص ماء الأرض وماء الرحى أو عرجت الدابة أو مرض الأجير أو نحو ذلك ، والحكم أنه يثبت الفسخ للمستأجر كما هو المشهور .

قال ابن البراج : اذا استأجر رحى وآلتها وقل الماء الى ان أضر ذلك بالطحن ، وهو يطحن على ذلك نظرت في الضرر ، فان كان ضرراً فاحشاً كان له

ترك الاجارة ، وان كان غير فاحش ، كانت الاجارة لازمة له ، قال في المختلف : بعد نقل ذلك عنه ، والأجود ان له الفسخ ، سواء كان الضرر فاحشاً أو غير فاحش ، لأنه يتضرر ، وقد قال عليه السلام (١) « لاضرر ولاضرار » ثم أنه قال : فان استأجر رحى بآلتها فانكسر أحد الحجرين أو الدوارة كان له فسخ الاجارة ، فان عمل صاحب الرحى ما انكسر من ذلك وفسد قبل الفسخ لم يكن لـه بعد ذلك الفسخ ، ولكن يرفع عنه من الأجير بحساب ذلك ، فان اختلفا في مبلغ العطلة كان القول قول المستأجر الا أن ينكر الموجر ذلك ، والأجود أن له الفسخ بتبعض الصفقة ، انتهى.

السادسة : مالو عرض لـه ما يوجب زوال المنفعة كما لو استأجـر أرضاً للزراعـة الا أنـه قد استولى عليها الماء بحيث لاينحسر عنها مـدة يمكن فيها الزراعة ، والظاهر أنـه لااشكال في بطلان الاجارة ، لأن من شروط الاجارة ان يكون للعين نفع يترتب عليها ، فكأنه استأجر ما لانفع فيه ، فهو تضييع للمال ولو كانت مما ينقطع عنها الماء أحياناً ، فان علـم مقدار ما ينقطع عنها الماء ، وتصلح للزراعة ، فالظاهر أنه لااشكال في الصحة ، وإلا فلا للجهالة الموجبة للغرر ، والله سبحانه العالم .

الرابعة عشر : قالوا : يشترط تعيين المحمول بالمشاهدة أوالكيل أوالوزن والمراكب والمحمل وقدر الزاد ، وليس له البدل مع الفناء الا بالشرط ، ومشاهدة الدابة المركوبة أو وصفها وتعين وقت المسير ليلاً أونهاراً .

أقول : تفصيل البحـث في هذه الجملة هوأن يقال ، لاريب في معرفة هذه المذكورات وتعيينها لترتفع بذلك الجهالة الموجبة للغرر الموجب للبطـلان في العقـود ، فأما بالنسبة الى المحمول على الدابة ، فلا بد في اعتباره بأحد الثـلاثة المذكورة في كل ماينا سبه ، الا أن بعض محققى المتأخرين صرح بأنه لايكفي

---

(١) الكافـي ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٦٤ ح ٤ ، الفقيـه ج ٣ ص ٤٥ ح ٢ ، الوسائل ج ١٧ ص ٣٤١ ح ٣ .

ذلك على الاطلاق كماهو ظاهر كلامهم ، فأوجب في المشاهد امتحانه باليد تخميناً لوزنه ان كان في ظرف ، لما في الأعيان من الاختلاف في الثقل والخفة مع التفاوت في الحجم ، وأوجب في المعتبر باحد الأمرين الاخرين أنه لابد من ذكر جنسه ، للاختلاف الفاحش باختلاف الاجناس ، وان اشتركت في كونها مكيلة أو موزونة قال : فان القطن معتبر من جهة انتفاخه ودخول الريح فيه فيزداد ثقله في الهواء والحديد يجتمع على موضع من الحيوان ، فربما عقره ، وتحميل بعض الاجناس أصعب من بعض ، والحفظ في بعضها كالزجاج أصعب ، وملخص الكلام في ذلك هو أنه لما كان الضابط التوصل في معرفة المجهول إلى مايرفع الجهالة ، فلابد من ذكر الجنس مع التقدير بأحد الأمرين المذكورين ، ليرتفع الجهالة بحذافيرها وهو حسن .

وأما بالنسبة الى المراكب والمحمل فللاختلاف بالثقل والخفة فلا بد في الراكب من الأعتبار بالمشاهدة أو الوزن مع عدمها ، قالوا : و في الاكتفاء فيه بالوصف من فخامة وضحامة وطول وقصر ونحو ذلك وجهان أجودهما ذلك مع افادته للوصف التام الرافع للجهالة ، ولابد في المحمل بكسر الميم الثانية كمجلس ، واحد المحامل ؛ وهو شقّان يوضعان على البعير ، يجلس فيهما المتعادلان ، من الاعتبار بالمشاهدة ، أو الوزن مع ذكر الطول والعرض ، لأختلافها في السهولة والصعوبة ، الا أن يكون متعارفاً معلوماً لاجهالة فيه فيصرف اليه الاطلاق ، وكذا الحكم أيضاً في الآلات التي يصحبها المسافر ، كالقربة والسفرة ، والأداوة ونحو ذلك ، فانه لايكفي مجرد ذكرها ، بل لابد من معرفة قدرها وجنسها الا مع جريان العادة بالحمل من غير مضايقة في ذلك .

وأما بالنسبة الى الزاد فلما عرفت أيضا فلابد من تعيين قدره ، لترتفع الجهالة وأما أنه ليس له بدله بعد الفناء الا مع الشرط ، فان المتبادر من الزاد هوما يستغني به المسافر في طريقه ويكفيه وهو قد اشترطه ، والمراد بفنائه يعني بالأكل

المعتاد ، وحينئذ لوفني والحال هذه فانه ليس له ابداله ، لأن مرجع تقصيره الى فعله بنفسه ، أما لوكان فناه بنحو آخر كضيافة غير معتادة أو أكل غير معتاد أو سرقة أو سقط منه في الطريق فانهم صرحوا بان له ابداله ، تنزيلاً للاطلاق على المعتاد المتعارف ، ويكون حكم البدل حكم المبدل في ذلك ، هذا كله مع عدم شرط الابدال ، وإلا فلا اشكال في الابدال عملا بالشرط المذكور .

وأما بالنسبة الى مشاهدة الدابة أو وصفها مع عدم المشاهدة فلما في عدم ذلك من الجهالة لما علم من اختلاف الدواب في القوة والضعف والحزونة والسهولة وزاد بعضهم أيضاً اشتراط الذكورة والانوثة اذا كانت للركوب ، فان الأنثى أسهل والذكر أقوى ، قال: ويحتمل العدم ، لان التفاوت بينهما يسير فلم يكن معتبراً في نظر الشارع ، هذا فيما لوكانت الاجارة معينة .

أما لوكانت في الذمة بمعنى أنه استأجر للحمل على دابة الى الموضع الفلاني فانه لايحتاج إلى وصف، ولامشاهدة ، بل الواجب عليه حمله ، وايصاله الى الموضع المذكور كيف اتفق على وجه لايتضرر به ، فيضمن مع الضرر .

وأما بالنسبة الى تعيين وقت السير ، فلاختلاف الناس في ذلك الوقت الموجب للجهالة ، فان كانت هناك عادة يبنى عليها في سلوك تلك الطريق وجب الرجوع اليها واكتفى بها لانصراف الاطلاق اليها ، وإلا وجب تعيين الوقت لما ذكرناه .

نعم يشكل التعيين اذا اختلف السير ولم يمكن التعيين اليهما كطريق الحج فان مقتضى تحقيق بيان السير عدم صحة الاستيجار فيها ، الا أن يستقر العادة بسير مخصوص في تلك السنة ، بحسب ما يناسبها عادة ، من السير ، ولهذا أنه منع في التذكرة من الأستيجار في الطريق التي ليس لها منازل مضبوطة ، اذا كانت مخوفة لايمكن ضبطها باختيارها ، والله سبحانه العالم .

الخامسة عشر : قد صرح جملة من الأصحاب بأن كلما يتوقف عليه توفية المنفعة فهو على الموجر كالقتب والزمام والحزام والسرج أو البردعة في الدابة ،

ورفع المحمل ، وشد الأحمال وحطها ، والقائد والسايق إن شرطه مصاحبته ، والمداد في الكتابة والخيوط في الخياطة ونحو ذلك ، وعلل بتوقف المنفعة الواجبة عليه بالعقد على ذلك فيجب من باب المقدمة ، وقيل : ان الواجب على الموجر انما هو العمل ، لأن ذلك هو المقصود من اجارة العين ، أما الأعيان فلا تدخل في مفهوم الاجارة على وجه يجب أداءها لأجلها إلا في مواضع نادرة ، ثبتت على خلاف الأصل ، كالرضاع ، والاستحمام ، والخيوط للخياطة ، والصبغ للصباغة ، والكش للتلقيح ، وحينئذ فالأقوى الرجوع الى العرف ، فان انتفى أو اضطرب فعلى المستأجر لما عرفت .

أقول : الظاهر هو التفصيل في المقام بأن يقال : ان بعض هذه الاشياء على الموجر بلااشكال ولاخلاف فيما أعلم ، مثل عمارة الحيطان والسقوف والابواب ونحو ذلك ، في اجارة المساكن ، ومجرى المياه ونحو ذلك في اجارة الأرضين ، والرحل والقتب ونحو ذلك مما تقدم في اجارة الدابة ، وضابطه كلما جرت العادة للتوطئة به للركوب وبعضها على المستأجر بغير خلاف يعرف ، ولااشكال يوصف كالحبل لاستقاء الماء ، والدلو والبكرة ، وبعض قد وقع الخلاف فيه كالخيوط للخياطة ، والمداد للكتابة ، والصبغ للصباغة ، والكش للتلقيح ، وقد جزم في الشرايع بأنها على الموجر ، ومثله في اللمعة بالتقريب المتقدم ، حيث قالا كلما يتوقف عليه توفية المنفعة فعلى الموجر ، ومثل له في النهاية من ماقدمنا ذكره في صدر المسئلة ، ومثل له في الشرايع بالخيوط في الخياطة والمداد في الكتابة ، وظاهر المسالك والروضة الرجوع في ذلك الى العرف ، فان انتفى أو اضطرب فعلى المستأجر بالتقريب المتقدم ، وجزم في الشرايع بدخول المفتاح في اجارة الدار معللاً له بأن الانتفاع يتم به ، وهذا منه ، بناء على ماقدمنا نقله عنه من الكلية .

وفيه أن التعليل بتمامية الانتفاع لايتم كلّياً لأنه قد صرح سابقاً على هذا الكلام في الشرط الرابع بأنه يلزم موجر الدابة كلما يحتاج اليه في امكان الركوب من الرحل والقتب وآلته والحزام والزمام ، قال : وفي رفع المحمل وشده تردد ،

أظهره اللزوم ، وحينئذ فكيف يتم ماذكره هنا كليا .

ويؤيده ماصرحوا به من أن المنقول لايدخل في اجارة الثابت الامع العادة أو التبعية ، ولهذا قال في المسالك بناء على ما قدمنا نقله عنه : عن عدم العمل بالكلية المذكورة ، والأولى التعليل بأنه تابع للغلق المثبت ، بل هو كالجزء منه ، وهذا بخلاف مفتاح القفل ، فلايجب تسليمه ولاالقفل لانتفاء التبعية ، انتهى .

ثم انه قد صرح في المسالك بأنه يعتبر القائد والسائق مع العادة لهما ، أو لأحدهما ، وكذا يجب اعانته على الركوب والنزول ، اما برفعه ان كان يمكنه ذلك وهو من أهله ، أو بيرك الجمل ان كان عاجزاً أو قادراً ، ولكن لاتقتضي له العادة بذلك ، كالمرأة والشيخ الكبير والمريض ، ولو كان المستأجر قويا يتمكن من فعل ذلك بنفسه لم يجب اعانته ، كل ذلك مع اشتراط المستأجر على الأجير المصاحبة أو قضاء العادة بها ، أو كانت الاجارة للركوب في الذمة .

أما لو كانت مخصوصة بدابة معينة ليذهب بها حيث شاء ولم يقض العادة بذلك ، فجميع الأفعال على الراكب ، انتهى ولا بأس به والله سبحانه العالم .

السادسة عشر : لو أجر الدابة لدوران الدولاب افتقر الى مشاهدته ، أو وصفه بما يرفع الجهالة ، وكذا يشترط معرفة البئر بالمشاهدة أو الوصف ان أمكن ، وكذا لابد من تقدير العمل بالزمان كيوم ونحوه ، الا أن يستأجر على أن يملأ بركة معينة معلومة بالمشاهدة أو المساحة .

قالوا : ولايكفي المشاهدة في سقي البستان عن تعيين الزمان ، لحصول الاختلاف بقرب عهده بالماء ، وعدمه ، وبرودة الهواء وحرراته ، ولو آجر الدابة لحرث جريب معلوم ، فان كانت الاجارة لحرث مدة كفى تعيين المدة وتقديرها ، ولا يعتبر معرفة الأرض ، ولكن لابد من تعيين الدابة المستعملة في الحرث اما بالمشاهدة أو الوصف الرافع للجهالة ، والا فلابد من مشاهدة الأرض أو وصفها .

وعن التذكرة : الاعتبار بالمشاهدة ، ولم يكتف بالوصف محتجاً بأنها تختلف فبعضها صلب ، فيصعب حرثه على البقر ومستعملها وبعضها رخو يسهل ، وبعضها فيه حجارة يتعلق بها السكة ، ومثل هذا الاختلاف انما يعرف بالمشاهدة ، دون الوصف ، وأنت خبير بما فيه ، فان ما ذكره من هذه الأشياء انما تعرف بالوصف لا المشاهدة ، لأن المشاهدة انما تقع على ظاهر الأرض ، وهذه الأشياء انما هي في باطنها والوصف آية عليها ، لأن المالك قد يطلع من باطنها على ما لايظهر بالمشاهدة لظاهرها ، فيصفها بذلك .

وبالجملة فان ما ذكره من الاطلاع على هذه الأشياء لايظهر بالمشاهدة ، وإنما يظهر بالعمل والحرث في الأرض ، وهو فرع صحة الاجارة ، ويمكن التوصل الى ذلك باختبارها بالحفر في مواضع من الأرض على وجه يرفع الغرر .

السابعة عشر: إذا استأجر دابة للسير عليها فهنا أحكام ، منها : أنه لو أسرع في السير عليها زيادة على عادة أمثالها بحسب نوعها ووصفها في تلك الطريق ، أوضربها زيادة على العادة ، أو كبحها باللجام من غير ضرورة ، ضمن ، لأن ذلك تعد باعتبار حمل الاطلاق على المعتاد ، وظاهر التذكرة على ما نقل عنها المنع من الضرب مطلقا ، حيث حكم بالضمان بالضرب مطلقاً محتجاً بان الأذن مشروط بالسلامة ، وفيه أن مقتضى الاجارة الوقوف على العادة ، وعدم حصول التعدي الا بتعديها ، والضرب المعتاد لايستلزم ضماناً .

والمراد بكبح الدابة باللجام جذبها به ، لتقف عن السير ، قال في الصحاح : كبحت الدابة اذا جذبتها اليك باللجام ، لكي تقف ، ولاتجرى .

ومنها أنه لومات الدابة انفسخ العقد ، ان وقع على دابة معينة ، بخلاف مالو كان المستأجر عليه في الذمة ، بمعنى كون الاجارة مطلقة كالاستيجار على الركوب ، فانه يجب عليه ركابه على دابة غيرها الى تمام المقصد ، ولا تتعين المطلقة بالتعيين والتسليم بحيث يكون الركوب منحصراً فيها ، ولهذا يجوز

للمالك تبديلها .

والظاهر ان تعذر استيفاء المنفعة المشروطة على الوجه المتعارف لمرض أو ضعف أو نحو ذلك في معنى الموت أيضاً ، فينفسخ الاجارة في صورة التعيين ، ويحتمل الابدال خصوصاً مع التراضي ، والظاهر أيضاً أنه لاخصوصية للدابة في الصورة المذكورة ، بل يجرى الحكم في الراكب والحمل المعين ، فينفسخ العقد بتلفهما ، ومنه تلف الصبي المرتضع في صورة الاستيجار لارضاعه .

ومنها أن ظاهر كلام جملة من الأصحاب أنه لابد من تعيين الراكب إذا كان الاستيجار للركوب بمشاهدته أو وصفه ، وعلل باختلاف الاغراض في الراكب .

قال في التذكرة بعد ان اشترط المعرفة بالمشاهدة ونقل عن بعض الشافعية الاكتفاء بالاوصاف الرافعة للجهالة ما صورته : والأصل في ذلك أن نقول : إذا أمكن الوصف التام القائم مقام المشاهدة كفى ذكره عنها ، والا فلا ، ثم أنه يجوز للمستأجر أن يركب غيره إذا كان الاستيجار للركوب من غير تخصيص أحد بكونه هو الراكب ، الا أنهم صرحوا بأنه يشترط في الغير الذي له أن يركبه أن يكون مساوياً أو أخف ، ولو كان أثقل لم يجز الا بالاذن ، والا كان ضامناً فيأثم ويضمن ، وكذا في صورة التخصيص بأحد ، لو خالف أثم وضمن .

أقول : الحكم بما ذكروه في صورة التخصيص ظاهر للمخالفة ، وأما في صورة الاطلاق فاشتراط ما ذكروه مشكل ، لصحيحة علي بن جعفر (١) عن أخيه أبي الحسن عليه‌السلام « قال : سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاها غيره فنفقت ما عليه ؟ قال : ان كان اشترط أن لا يركبها غيره ، فهو ضامن لها ، وان لم يسم فليس عليه شيء » فانه كما ترى ظاهرة في أنه مع الأطلاق يجوز له اركاب غيره مساوياً أو أخف أو أثقل ، فان ترك الاستفصال دليل العموم في المقام ، كما

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩١ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٥ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٥ ح ١ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

هو متفق عليه بينهم ، وهي أيضاً ظاهرة في عدم ما ذكروه من اشتراط المشاهدة أو الوصف في الراكب كما قدمنا نقله عنهم بالتقريب المذكور ، والظاهر جريان هذه الاحكام المذكورة في استيجار البيت للسكنى من اطلاق وتقييد ، وما يتفرع عليهما بتقريب ما تقدم .

ومنها أن الظاهر من كلام جملة من الأصحاب أنه يجب على المستأجر سقي الدابة وعلفها فلو أهمل ضمن ، بمعنى أن ذلك لازم له من ماله بدون الشرط من غير ان يرجع به على المالك .

وظاهر جملة منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك والمحقق الثاني في شرح القواعد وجوب ذلك على المالك إلا مع الشرط ، لأن الأصل عدم الوجوب على غيره ، ثم ان كان حاضراً معه والا استأذنه في الانفاق ورجع عليه أو الحاكم مع تعذره ، حسب ما تقدم في الرهن والوديعة .

وظاهرهم الاتفاق مع عدم حضور المالك على وجوب قيام المستأجر بذلك ، لوجوب حفظ الدابة من حيث كونها نفساً محترمة ، و وجوب حفظ مال الغير إذا كان تحت يده ، و إنما الخلاف في الرجوع على المالك بالتفصيل المتقدم وعدمه ، والمسئلة لايخلو من اشكال ، لعدم دليل واضح من النصوص في هذه المجال ، وان كان القول الثاني لايخلو من رجحان لتأيده بالأصل ، ويمكن أن يستفاد ذلك من صحيحة أبي ولاد الآتية في المقام انشاء الله تعالى لقوله (١) عليه‌السلام لما قال السائل إني قد علفته بدراهم فلي عليه علفه ، فقال : عليه‌السلام لا انك غاصب ومفهومه أنه لولم يكن غاصباً فان له طلبه من المالك في الصورة المفروضة ، لأنه أنما نفي استحقاقه للمطالبة من حيث الغصب ، الا أنه لايخلو من خدش أيضاً أقول : والظاهر أن الكلام في نفقة الأجير كذلك ، وسيأتي الكلام في ذلك انشاء الله تعالى .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٥ ح ١ .

ومنها ما إذا استأجر دابــة واستوفي حقه منها وأمسكها بعد مضي المدة فهل الواجب عليه ردها وأنه مع امساكها وعدم ردها يكون ضامناً لها ولنفقتها، اوأنــه لا يجب عليه الــرد وانما يجب عليه رفــع اليــد عنها إذا اراد صاحبهــا استرجاعها ؟ قولان : وقد مضى تحقيق الكلام في ذلك في الموضع الخامس من المطلب الأول من هذا الكتاب .

ومنها أنه إذا استأجر دابة الي موضع معين فتجاوز الى مازاد عليه فعليه أجرة المثل في الزيادة ، وضمان العين ان تلفت ، والأرش ان نقصت ، لأنه غاصب وليس لــه الرجوع بما أنفق عليها مدة الغصب ، ولــو اختلفا في القيمة فالقول قــول المالك مع يمينه ، أوبينته ، والأصل في هذه الاحكام ما رواه في الكافي في الصحيح عن أبى ولاد(١) « قال : اكتريت بغلاً الي قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائيا بكذا وكذا ، وخرجت في طلب غريم لي فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبى توجــه الى النيل فتوجهت نحو النيل ، فلما أتيت النيل خبرت أنــه قد توجه الى بغداد ، فأتبعته فلما ظفرت به وفرغت مما بيني وبينه رجعت الى الكوفة ، وكان ذهابي ومجيىء خمسة عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذرى وأردت أن أتحلل منه ما صنعت ، وأرضيه فبذلت لــه خمسة عشر درهماً فأبي أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة ، فأخبرتــه بالقصة وأخبره الرجل ، فقال لي : وما صنعت بالبغل ؟ قلت : قد دفعته اليه سليماً ، قال : نعم بعد خمسة عشرة يوماً ، قال : فما تريد من الرجل قال : أريد كرى بغلي فقد حبسها خمسة عشر يوماً ، فقال : لا أرى لك حقاً لأنه اكتراه إلي قصر ابن هبيرة فخالف وركبه الي النيل ، والى بغداد ، فضمن قيمة البغل ، وسقط الكرى ، فلما رد الرجل البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكرى ، قال : فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع ، فرحمته بما أفتى بــه أبوحنيفه وأعطيته شيئا وتحللت منه ، وحججت في تلك

---

(١) الكافى ج ٥ ص ٢٩٠ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٥ ح ٢٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٥ ح ١ .

السنة فأخبرت أباعبدالله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة فقال : لي في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء مائها ، وتمنع الأرض بركتها ، قال : فقلت لأبي عبدالله عليه السلام: فما ترى أنت قال : أرى أن له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل ، ومثل كرى البغل راكباً من النيل الى بغداد ، ومثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة ، توفيه اياه ، قال : فقلت جعلت فداك : قد علفته بدراهم ، فلي عليه علفه ؟ قال : لا ، لأنك غاصب ، فقلت : أرأيت لو عتب البغل أونفق أليس كان يلزمني ، قال : نعم قيمة البغل يوم خالفته ، قلت : فان أصاب البغل كسر أودبر أو غمز فقال : عليك قيمة ما بين الصحيح والمعيب يوم ترده عليه ، قلت : فمن يعرف ذلك قال : أنت وهو ، إما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك ، وان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة فيلزمك ذلك ، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين كرى كذا وكذا فيلزمك ، قلت : اني كنت أعطيته دراهم ورضي بها وحللني فقال : إنما رضي بها وحللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم ، ولكن ارجع اليه وأخبره بما أفتيك به ، فان جعلك في حل بعد معرفته ، فلا شيء عليك بعد ذلك ، قال : أبو ولاد فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكاري وأخبرته بما أفتاني به أبو عبدالله عليه السلام وقلت له : قل ما شئت أعطيكه فقال : قد حببت الي جعفر بن محمد عليه السلام و وقع في قلبي له التفضيل . وأنت في حل وان أحببت أن أرد عليك الذي أخذته منك فعلت » .

أقول : مادل عليه الخبر من أن القول في القيمة مع التلف قول المالك بيمينه ، خارج عن مقتضى القواعد الشرعية ، لأنه مدع ، ووظيفته البينة ، ومع عدمها فالقول قول المستأجر بيمينة ، لأنه منكر ، ومن ثم اختلف الأصحاب هنا في ذلك ، فذهب في النهاية الى العمل بالخبر ، وجعل مقصوراً على مورده ، وهو الدابة ، وذهب ابن ادريس الى أن القول قول المستأجر لأنه منكر ، ولم يفرق بين الدابة وغيرها ، وتبعه المتأخرون كالفاضلين ونحوهما غيرهما ،

وأطرحوا الخبر من البين ، والمسئلة لاتخلو من الاشكال ، وان كان ما ذهب اليه الشيخ لايخلو عن قوة لصحة الخبر ، وصراحته ، فيخصص بـه عموم القاعـدة المذكورة ، كما خصصوها في مواضع عديدة .

وما تضمنه الخبر من أنه مع التلف يضمن قيمة البغل يـوم خالفه يؤيد القول المشهور في المسئلـة ، وهي ما إذا تعدى في العين المستأجرة فانـه يضمن قيمتها وقت العدوان ، تنزيلا لـه منزلة الغاصب ، فانـه يضمن ، قيمة المغصوب يوم الغصب .

وقيل ، انه يضمن أعلى القيم من حين العدوان إلى حين التلف .

وقيل : قيمتها يوم التلف ، وما أفتى به أبوحنيفة في هذه المسئلة مبني على مذهبه من أنه يملكها بالضمان ، فيذهب الضمان بالأجر ، وخالفه الشافعي ووافق الامامية ، وانما حكم عليه‌السلام في الخبر بأجرة المثل من الكوفة ، لأنه لـم يقطع من الطريق المستأجر عليها شيئا ، لأنه عدل عنها من قنطرة الكوفة الى النيل ، فلايستحق من المسمى شيئا ، ولو كان قدقطع منها شيئا أخذ من الأجرة بالنسبة .

وفي الخبر أيضاً دلالة على بطلان الصلح مع عدم تمكنه من أخذ حقه ، لأن حقه هنا ثابت شرعاً ولكن فتوى أبي حنيفة قدحال بينه وبين أخذه ، وهو مما لاخلاف فيه ولااشكال كما تقدم في كتاب الصلح ، والله سبحانه العالم .

الثامنة عشر : الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب بل وغيرهم في جـواز اجارة الآدمي وان كان على كراهة بالنسبة الى اجارته نفسه ، وقدتقدمت الأخبار الدالة على ذلك في صدر هـذا الكتاب ، ولا فرق بين الحر والمملوك ،ولا بـين الذكر والأنـثى ، وأنه متى كانت أنـثى فالظاهر أنه يحـرم على المستأجر منها جميع مايحرم عليه قبل الاجارة ، الا أن العـلامة في القواعد والمحقـق الثاني في شرحه قدصرحا باستثناء النظر الى المملوكة باذن المولى ، واستشكل فيه بعض محققي متأخرى المتأخرين ، لعموم الدليل ، فانه ليس بعقد ولاتملك ، الا أن يجعل الاذن تحليلاً وهو جيد .

وبالجملة فان عقد الاجارة انما حلل الخدمة والعمل وأباحهما ، وأما غيرهما مما هو محرم قبل الاجارة فانه يبقى على تحريمه واختلفوا في نفقة الأجير المستأجر للسعي في حوائج المستأجر فقيل : بأنها على الأجير وهو اختيار العلامة في التذكرة والقواعد وشيخنا في المسالك ، وهو ظاهر المحقق الأردبيلي أيضاً ، وهو مذهب ابن ادريس ، وعلل بأن العقد انما وقع على العمل باجرة معينة ولم يقتض العقد سواها ، فإدخال غيرها في مقتضى العقد المذكور يحتاج الى دليل ، ولا دليل .

نعم لو كان ثمة عادة مستمرة أو قرينة صريحة أو شرط ذلك على المستأجر فلا اشكال في ذلك ، وقيل : بأنها على المستأجر الا أن يشترطها على الأجير ، وبه صرح في الشرايع والأرشاد وجماعة من الأصحاب أولهم النهاية وعلل باستحقاق المستأجر جميع منافعه المانع من النفقة ، لأنه متى كان زمانه مستوعباً بالعمل للمستأجر لم يبق له زمان يحصل فيه مايحتاج اليه من النفقة ، ورد بأن استحقاق منافعه لايمنع من وجوب النفقة في ماله الذي من جملته الأجرة .

واستدل ايضاً على ذلك بمارواه الكليني والشيخ عن سليمان بن سالم (١) « قال : سألت أباالحسن عليه السلام عن رجل استأجر رجلا بنفقة ودراهم مسماة على أن يبعثه الى أرض ، فلما أن قدم أقبل رجل من أصحابه يدعوه إلى منزله الشهر والشهرين فيصيب عنده مايغنيه عن نفقة المستأجر ، فنظر الأجير الى ماكان ينفق عليه في الشهر اذا هو لم يدعه فكافأه الذي يدعوه ، فمن مال من تلك المكافاة ؟ أمن مال الأجير أم من مال المستأجر ؟ فقال : ان كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله ، والآ فهو على الأجير ، وعن رجل استأجر رجلا بنفقة مسماة ، ولم يفسر شيئاً على أن يبعثه الى أرض أخرى فماكان من مؤنة الأجير من غسل الثياب أو الحمام فعلى من ؟ قال على المستاجر » .

ورده بعض محققي متأخري المتأخرين بضعف السند ، بالراوي المذكور ، فانه

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٧ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٢ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٠ ح ١ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

مهمل في كتاب الرجال ، وعدم الصراحة في المدعى ، قال : بل ربما حملت على الشرط ، قال في المسالك بعد ذكر القول بالوجوب على المستأجر والأقوى أنه كغيره لايجب نفقته إلا مع الشرط ويمكن حمل الرواية مع سلامتها عليه .

اقول : ولعل وجهه أن الاستيجار بالنفقة في قوة شرطها على المستأجر وكيف كان فالرواية المذكورة لما فيه من الاجمال والتدافع فما اشتملت عليه من المقال لايخلو الاعتماد عليها من الاشكال .

وبيان ذلك أن مقتضى قوله في السؤال الأول ، وكذا في الثاني استأجره بنفقته أن ما ينفقه في تلك المدة انما هو من ذلك المبلغ الذي وقع الاستيجار به وجعله المستأجر نفقة له ، فلا يستحق الرجوع به لأنه في معنى المشروط على المستأجر ، فيكون من مال المستأجر ، ومقتضى قوله في السؤال الأول ان كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله ، هو أن النفقة على المستأجر بمعنى أنه يرجع بها الأجير على المستأجر ، لأن حاصل معنى الكلام المذكور أن الأجير بعد أن اضافه ذلك الرجل الذي من أصحابه أراد أن يكافيه ، فنظر الى ما ينفقه على نفسه في تلك المدة لو لم يضفه ، فدفعه إلى ذلك الرجل مكافاةً له ، والامام عليه السلام حكم بأنه ان كان جلوسه في الضيافة لمصلحة المستاجر فمادفعه مكافاةً على المستأجر يرجع به عليه ، والا فهو على الأجير ، بمعنى أنه لايرجع به ، وهو وان كان ظاهراً فيما ادعاه المستدل بالرواية ، إلا انه ينافيه ما تقدم في صدر الخبر من أنه استأجره بنفقة ودراهم ، فان الظاهر أن المعنى فيه أنه استأجره بشيء ينفقه على نفسه ، ودراهم في مقابلة السعي في عمله ، وتحصيل غرضه ، و مقتضاه أنه لايرجع بما أنفقه سواء أكله أو أعطاه مكافاة أو غيرها ، على أن تلك المكافاة انما كانت تبرعاً من الأجير فهو من ماله ، وهذه منافاة أخرى ، وظاهر الخبر أيضاً اشتمل على مالايقوله الأصحاب من الاجمال في النفقه المستأجر بها ، فانهم يوجبون التعيين لرفع الجهالة ، ودفع الغرر .

قال في التذكرة والقواعد لايجوز الاستيجار بنفقته وطعامه مالم يعين .

وقال في التذكرة : ولايجوز ارطال من الخبز لعدم جواز السلم عندنا فيه ، فلاتجوز بالاجارة ، وقال في موضع آخر : اذا استأجر في موضع أجيراً بطعامه وكسوته فان قدرا ذلك وعلماه صح العقد وان لم يقدراه بطل العقد الى أن قال ولافرق بين أن يستأجره بالنفقة والكسوة وبين أن يجعلهما جزء من الأجرة واذا استأجره بهما صح اجماعاً ووصفهما كما يوصف في السلم وان لم يشترط طعاماً ولا كسوة فنفقته وكسوته على نفسه ، انتهى .

وبالجملة فالموافق لقواعدهم هو وجوب التعيين لدفع الجهالة والغرر اللّذين يوجبون الاحتراز عنهما في العقود .

بقي الكلام في السؤال الثاني « فان حملت النفقة » وان كان خلاف ظاهر الخبر على مايدخل فيه أجرة غسل الثياب والحمام ونحوذلك ممايحتاج اليه الانسان غالباً ، فينبغي حمل قوله على المستأجر على معنى أنها من النفقة التي استوجر بها ، والا فلامعنى لكونها على المستأجر يرجع بها الأجير عليه ، مع كونه استأجره بها ، وان حملت على أن المراد بها ما عدا ذلك من المأكل والملبس ونحوهما ، وهوالظاهر من سياق الخبر ، فظاهر كون تلك الاشياء على المستأجر هوأن الأجير يرجع بها على المستأجر ، لعدم دخولها فيما استوجر به وهو النفقة .

وفيه دلالة على أنه لولم يستأجره بالنفقة بل بأجرة في الجملة ولم يشترط النفقة عليه ، فانه يرجع بالنفقة كما أدعاه المستدل بالخبر ، لأنه اذا كان له الرجوع بمثل أجرة غسل الثياب والحمام فله الرجوع بما يحتاج اليه في الأكل واللبس بطريق أولى لانها اضرّ البتة ، وهنا إنما امتنع الرجوع بها من حيث أنه استوجر بها فمع عدم الاستيجار بها وعدم شرطها على المؤجر يرجع بها على المستأجر ، وحينئذ يمكن أن يجعل ذلك لموضع الاستدلال بالخبر المذكور ، والله سبحانه العالم .

التاسعة عشر : صرح بعض الأصحاب بأنه لو استأجره لعمل من الأعمال كالكتابة والخياطة ونحوهما من الأعمال التي يختلف فيهما العمال بالجودة والحسن وعدمهما والسرعة والبطؤ ونحوهما ، فانه لا يصح جعل الاجارة مطلقة بأن يكون في الذمة ، بمعنى تحصيل العمل بمن شاء لما يعلم من الاختلاف الكثير بين العمال فيما ذكرناه ، فيتجهل العمل ويحصل الغرر ، بل يجب تعيين العامل سواء كان هو الموجر أو غيره ، اذا امكن حصول النفقة منه ، للانضباط بذلك وارتفاع الغرر ، وكذا يجب تعيين الصانع اذا استأجره مدة ، بمعنى أن يعمل له هذا العمل في مدة محدودة بلا زيادة ولا نقيصة ، لانه مع الاطلاق وتفاوت العمال في السرعة والبطؤ واختلافهم في ذلك كثيراً يحصل الغرر أيضا ، وبتعيين العامل ومعرفة ما هو عليه من السرع والبطؤ في عمله يزول ذلك .

ولو استأجره على علم معين كنسخ هذا الكتاب المعين وخياطة هذا الثوب المخصوص ، فانه من حيث كون المانع ما ذكرنا أولا هو اختلاف الصناع في السرعة والبطؤ الموجب للزيادة في العمل والنقيصة ، فان الظاهر أنه تصح الاجارة في هذه الصورة المفروضة ، لأن هذا الاختلاف غير قادح هنا ، فان الغرض حصول هذا العمل المعين ، أما من حيث كون المانع هو تفاوتهم في الصنعة وبالجودة والردائة ، فانه لا يصح هنا بل لابد من تعيين الصانع ليرتفع هذا الغرر .

قال في المسالك بعد ذكر المصنف أصل المسئلة : وهذه المسئلة قل من تعرض لها غير المصنف ، نعم ذكرها الشافعي في كتبهم .

أقول : قد عرفت آنفا أن اكثر هذه التعريفات في الكتب المتقدمة والآتية وان وقعت من الشيخ والمرتضى والعلامة وغيرهم ، الا أنها كلها ماخوذة من كتب العامة أخذوا منها مااستحسنوه ، وكتب متقدمي أصحابنا انما اشتملت على مجرد نقل الاخبار كما لا يخفى على من جاس خلال تلك الديار ، والله سبحانه العالم .

العشرون : قالوا إذا استأجره على حفر بئر فلابد من تعيين الأرض وقدر نزول البئر وسعتها وهل المراد بالتعيين المشاهدة أو ما هو أعم ، فيشمل الوصف الرافع للجهالة ، احتمالان : وقد ذكروا في استيجار الأرض للحرث نحو ذلك ، وبعضهم ذكر هنا المشاهدة بخصوصها مع ذكره التعيين بقول مطلق في الارض ، وبعضهم عكس .

وكيف كان فانه لايخفى أن المشاهدة إنما تأتي على ظاهر الأرض دون الباطن وارتفاع الجهالة باعتبار معرفة صلابة ظاهر الأرض ورخاوتها لايغني عما يتجدد بعد الحفر من الزيادة على ذلك ، والنقيصة مما لايمكن معرفته الا بالعمل .

وبه يظهر أن الوصف أضبط من المشاهدة إذا أمكن اطلاع المستأجر على الباطن بكثرة الممارسة ، قالوا : ولو أنهارت أو بعضها لم يلزم الأجير ازالة ذلك، بل ذلك على المالك ، لأن الأجير قد أتى بما استوجر عليه ، وامتثل ما تضمنه العقد ، ولا يكلف بما زاد عليه ولو حفر بعض البئر ثم تعذر حفر الباقي لصلابة الأرض أو مرض الاجير أو نحو ذلك ، فالمشهور أن له من الأجرة المسماة في العقد بنسبة ما عمل الى المجموع ، فيستحق من الأجرة المسماة بتلك النسبة ، وطريق معرفة ذلك أن يقوم جميع العمل المستأجر عليه ، ويقوم ما عمله منفرداً ، وينسب الى المجموع فينسب أجرة مثل ماعمل الى أجرة مثل المجموع ، ويستحق الأجير من المسمى بتلك النسبة .

الا أنه روى في الكافي والتهذيب عن أبي شعيب المحاملي عن الرفاعي(١) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل قبل رجلاً يحفر له بئراً عشر قامات بعشرة دراهم ، فحفر له قامة ثم عجز ، قال : يقسم عشرة على خمسة وخمسين جزء فما أصاب واحداً فهو للقامة الأولى ، والاثنين للثانية ، والثلاثة للثالثة ، وعلى هذا

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٣٣ ح ٢٢ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٨٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٨٤ ح ٢ .

الحساب الى العشرة ، ورواه في الكافي بطريق آخر عن أبي شعيب عن الرفاعي (١) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل قبل رجلاً يحفر بئراً عشر قامات بعشرة دراهم فحفر قامة ، ثم عجز فقال : جزء من خمسة وخمسين جزء من العشرة دراهم » .

و الظاهر أن مبنى هذه الرواية على تزايد الصعوبة في الأرض ، فكل قامة نزلت أصعب عما فوقها فلهذا جعل عليه السلام لكل واحدة زيادة على ما فوقها بجزء ، فأمر بقسمة العشرة دراهم على خمسه وخمسين جزء ، فللقامة الأولى جزء ، وللثانية جزأن ، وللثالثة ثلاثة ، وللرابعة أربعة ، وللخامسة خمسة ، وللسادسة ستة ، وللسابعة سبعة ، وللثامنة ثمانية ، وللتاسعة تسعة ، وللعاشرة عشرة ، وإذا ضممت هذه الأجزاء الموزع عليها بعضها إلى بعض وجدتها خمسة وخمسين ، بلا زيادة ولا نقصان .

والظاهر أن الأصحاب إنما أعرضوا عن هذه الرواية من حيث ابتنائها على هذا الأمر الخاص مع أنها حكم في واقعة معيّنة ، فلا يتعدى ، ولهذا ان الشيخ فى النهاية اقتصر على نقل الرواية ولم يذكرها بطريق الفتوى ، كما هي قاعدته في الكتاب المذكور ، فلا يتعين كون ذلك قولاً فى المسئلة كما يفهم من عبارة الشرايع ، حيث قال : وفي المسئلة قول آخر مستند إلى رواية مهجورة .

وفي المبسوط قد وافق الأصحاب فيما أفتوا به هنا ، فقال : فان لم يمكن حفره ، انفسخ العقد فيما بقي ولا ينفسخ فيما حفر على الصحيح من الاقوال ، ويقسط المسمى على أجرة المثل ، لأن الحفر يختلف ، فحفر ما أقرب من الأرض أسهل ، لأنه يخرج التراب من قرب ، وحفر ما هو أبعد أصعب ، فان كان أجرة المثل على ما بقي عشرة وفيما حفر خمسة أخذ ثلث المسمى ، وقد روى أصحابنا في مثل هذا مقدار ما ذكرناه في النهاية .

---

(١) الكافى ج ٧ ص ٢٢ ٤|٢ ح ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٤ ح ١ .

وقال ابن ادريس : الأولى ما ذكره الشيخ في المبسوط وهو المعتمد ، وتحمل الرواية على ما إذا كانت الاجارة في ذلك الوقت فتقسط كذلك ، والله سبحانه العالم .

الحادية والعشرون : في الاستيجار للارضاع والكلام فيها يقع في مواضع :

الأول : الظاهر أنه لا خلاف في جواز استيجار المرأة للرضاع مدة معينة باذن الزوج ، وإنما الخلاف فيما لو كان بغير اذنه ، فقيل : بالجواز ، والظاهر أنه هو المشهور وذهب في المبسوط والخلاف الى العدم ، قال : لأنه لا دليل على صحتها ولأن المرأة معقود على منافعها لزوجها بعقد النكاح ، فلا يجوز لها ان تعقد لغيره فيخل ذلك بحقوق زوجها ، وتبعه ابن ادريس وجماعة .

والظاهر أن القول الأول أقوى ، لأنها عاقلة مالكة لمنافعها من رضاع وغيره ، وعموم أدلة الوفاء بالعقود كتاباً وسنة شامل لها ، نعم متى نافى ذلك شيئاً من حقوق الزوج المواجبة عليها امتنع ذلك بلا اشكال ، للمنافاة وسبق حقه ، وبه يظهر ما في تعليله الثاني من قوله لأن المرأة معقود على منافعها ، فانه على اطلاقه ممنوع ، إذ الزوج لا يملك سوى منافع الاستمتاع ، كذا ما في تعليله الأول من عدم الدليل ، فان الدليل كما سمعت ظاهر في المدعى ، وتخصيصه يحتاج الى دليل ، وغاية ما ثبت من الدليل الدال على التخصيص ما إذا أوجب ذلك الاخلال بحقوق الزوج الواجبة عليها .

ثم انه لو وقعت الأجارة على الوجه المذكور ، ومنع ذلك شيئا من حقوقه، فهل يحكم ببطلان العقد أن الزوج يتسلط على الفسخ ؟ قولان : وبالأول صرح العلامة في القواعد ، والثاني اختياره في المسالك ، وهو الأوفق بقواعد الأصحاب، ولو سبق الاستيجار للرضاع على النكاح ، فلا اعتراض للزوج ، لاستحقاق منفعة الرضاع ، وملكها قبل عقده بها ، وله الاستمتاع بما فضل عن ذلك ، فلو تضرر الصبي بترك الرضاع باستمتاع الزوج كان للولي منع الزوج لما عرفت من تقدم حقه ، أما مع عدم التضرر فلا .

وهكذا الكلام فيما لو استأجر السيد أمته للارضاع ، ثم زوجها قالوا : وكل موضع يمنع فيه الزوج من الاستمتاع لأجل الرضاع ، فانه تسقط النفقة عنه في تلك المدة ، لعدم التمكين التام .

الثاني : هل يشترط ذكر الموضع الذي يقع فيه الارضاع ؟ قيل : نعم ، وتردد فيه في الشرايع ، وعللوا الاشتراط بأن مواضع الارضاع تختلف بالسهولة والصعوبة ، والنفع ، فان بيت المرضعة أسهل عليها ، وبيت الولي أوثق له ، وأنت خبير بما في هذه التعليلات من عدم صلاحيتها لتأسيس الاحكام الشرعية كما عرفت فيما تقدم ، و وجه التردد من حيث ما ذكروا من أن الاصل عدم الاشتراط ، قال في المسالك : والاقوى الاشتراط ، ولايخفى ما فيه ، والتمسك بالأصل أقوى مستمسك حتى يقوم دليل على الخروج عنه ، والخروج عنه بهذه التعليلات مجازفة ظاهرة ، سيما مع ما عهد من ارتضاع النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) واطلاق الأخبار الواردة باستيجار الظئر .

الثالث : قد صرح الاصحاب بأنه لابد في صحة عقد الاجارة على الارضاع من مشاهدة الصبي المرتضع ، قيل : ويكفي الوصف أيضاً وزاد اخرون اشتراط مشاهدة المرضعة .

والظاهر أن الجميع تقييد للنصوص من غير دليل ، وكأنهم بنوا في ذلك بالنسبة الى الصبي على اختلاف كثرة ما يشرب و قلته بالنسبة الى صغره و كبره ، وبالنسبة الى المرضعة الى اختلاف النساء في الصفات المأمور بها ، والمنهي عنها في الأخبار من الوضائة ، والحسن ، والرعونة ، والحماقة ، والقبح ، ونحو ذلك ، مما قيل بتأثيره في الولد ، وهو وان كان كذلك ، الا أن اطلاق أخبار الاسترضاع يدفعه .

الرابع : منع في المبسوط من جواز أن يستأجر الرجل زوجته لارضاع ولده وجوز ذلك بعد البينونة لأنها أخذت عوضاً منه في مقابلة الاستمتاع ، وعوضاً آخر في مقابلة التمكين من الاستمتاع ، وسوغه المرتضى وابن ادريس

قال في المختلف : وهو المعتمد ، لنا الأصل الجواز ، وقـوله تعالى(١) « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن » الاية وهو عام والعوض المأخوذ ليس في مقابلة التمكين، بل في مقابلة الارضاع ، وسواء منع شيئاً من حقوقه ام لا ، لأنه رضى بذلك ، وقد تقدم جوازه مع الرضا ، انتهى .

أقول : ويؤيده أن الرضاع غير واجب على الأم ، كما صرحوا به ودل عليه النصوص أيضاً ، والزوج لايملك منها ، سوى منافع الاستمتاع ، فتكون فيما سوى ذلك كالأجنبية فارضاعها له مع عدم التبرع به موجب للأجرة ، كالأجنبية ، ويدل عليه قوله عزوجل (٢) « فان ارضعن لكم فآتوهن أجورهن ومارواه في الكافي والفقيه (٣) « قال : سئل أبو عبدالله عليه‌السلام عن الـرضاع ؟ قال : لاتجبر الحرة على رضاع الولد وتجبر أم الولد » وتحقيق الكلام في ذلك يأتي في محله اللايق به انشاء الله تعالى .

الخامس : قال في المبسوط : لو استأجر ظئراً للارضاع لم يلزمها غيره ، وان شرط في العقد الحضانة مع الرضاع لزمها الأمران، فترضع المولود وتراعى أحواله في تربيته وخدمته ، وغسل ثيابه وخرقه وغيرها من أحواله .

وقال ابن الجنيد ، واذا شورطت على الرضاع فقط لم يكن عليها غير ذلك إلا أن يكون قد اشترط دفع الصبى اليها أي الى منزلها ، فيكون عليها تخريجه وغسل ثيابه وما لابد للصبى منه ، إلا أن تشترط هي لذلك أجرة على وليّه .

قال في المختلف بعد نقـل ذلك : وتفصيل ابن الجنيد جيـد ، إذ الظاهر والعرف يقضى أن الصبى اذا كان في منزلها اضطر الى الحضانة ، وكانت لازمة لها انتهـى .

(١) سورة البقرة ـ الاية ٢٣٣ .

(٢) سورة الطلاق ـ الاية ٦

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٠٨ ح ٢٤ ، التهذيب ج ٦ ص ٤٠ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٥ ح ١ .

السادس : لا اشكال في بطلان الاجارة بموت الصبي المرتضع لفوات ما تعلق العقد باستيفاء المنفعة له ، وأما موت المرضعة فيبتنى على الاستيجار لها من التعيين والاطلاق فان كان الاستيجار بعينها وخصوصها فلا اشكال في البطلان ، وعليه يحمل اطلاق من أطلق البطلان بموتها ، والحكم في موتها والحال كذلك كالدابة المستأجرة للركوب ، وان كان الاستيجار في الذمة بمعنى أن عليها تحصيل هذا العمل بنفسها أو غيرها ، فالظاهر بقاء الاجارة كما في نظائر هذا القسم من الاجارات المتعلقة بالذمة ، وحينئذ فيؤخذ ما يقوم به من تركتها لأنها صارت مشغولة الذمة بذلك ، كساير الديون المتعلقة بالذمة ، فانها بعدفوات الذمة ينتقل الى المال ، ويتعلق به كما صرحوا به فيؤخذ أجرة المثل لما بقي من المدة من أصل مالها ، ويدفع الى ولي الطفل .

واحتمل بعض الأصحاب وجوب استيجار وليّها على الارضاع من مالها ، قال : لأن الواجب في ذمتها هو الارضاع ولم يتعذر ، وإلا لانفسخت الاجارة ، وأما موت الأب فيبتنى على الخلاف المتقدم في بطلان الاجارة بموت المستأجر وعدمه ، وقد تقدم أن الأظهر العدم .

والعجب من ابن ادريس حيث أنه ممن اختار القول بعدم بطلان الاجارة بموت المستأجر ، وحكم هنا ببطلان الاجارة بموت أب المرتضع محتجاً بالاجماع على أن موت المستأجر يبطلها ، والمسئلة في الموضعين واحدة ، وانما هذه من جزئيات تلك المسألة فما ذكره تحكّم محض ، وتناقض صرف ، نعم ذكر بعض محققي الأصحاب أنه لو كان الولد معسراً واستأجر الأب عليه بمال في ذمته أو في ذمة الأب ولم يخلف الأب تركة ، توجه جواز فسخها ، لا أنها تبطل بذلك وهو جيد .

السابع : قال الشيخ : اذا استأجر الظئر للارضاع بالنفقة والكسوة صح مع علم المقدار بالنفقة والكسوة ، وكذا قال ابن ادريس ، وقال في المختلف بعد

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

نقل ذلك : وهو جيد ، لأن الجهالة في أحد العوضين مبطلة ، وكذا لو استأجر أجيراً بطعامه ، ثم نقل عن ابن الجنيد أنه قال لابأس باستيجار الانسان بطعامه وكسوته ، كالظئر والغلام وان لم يسم قدر اللبن من الظئر ، ولا قدر الطعام للأجير ، ثم قال العلامة : أما قدر اللبن فجيد ، لأن ذلك مجهول لايمكن ضبطه وأما طعام الأجير فممنوع ، انتهى .

أقول : ويمكن الاستدلال لابن الجنيد برواية سليمان بن سالم(١) المتقدمة في المسئلة الثامنة عشرة لدلالتها على جواز الاستيجار بالنفقة من غير تعيين كما تضمنه السؤال الاول والثاني منها ، ويكون حكم النفقة مستثنى من قاعدتهم المذكورة ان ثبتت ، سيما مع ما عرفت مما قدمناه في غير موضع من انخرام هذه القواعد المشهورة بينهم بالأخبار ، وان كانوا تارة يردون الأخبار في مقابلتها ، وتارة يرتكبون تخصيصها بها ، والله سبحانه العالم .

الثامن : قد عرفت من تعريف الاجارة كما قدمنا ذكره في صدر الكتاب ـ أنها عقد ثمرته تمليك المنفعة بعوض معلوم ، أو تمليك المنفعة بعوض ، ـ أن الاجارة واستحقاق الأجرة إنما تقع على المنافع ، لا الأعيان ، وحينئذ فيكون اجارة المرأة للارضاع خارجة عن قاعدة الاجارة ومستثناة بالنص ، آية ورواية ، لقوله عز وجل (٢) « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » والنصوص الواردة بذلك ، وهي كثيرة تأتي انشاء الله تعالى في محلها اللايق بها من كتاب النكاح ، فان متعلق الاجارة والذي استحقت المرأة به الأجرة هنا هو اللبن ، وهو عين تالفة بالارضاع ، فيكون المعاوضة عليه خارجة عن قانون الاجارة ، قالوا : ومثل ذلك الاستيجار للصبغ ، واستيجار البئر للأستسقاء منها ، فان المستوفي في الجميع إنما هو من الأعيان ، وبعضهم تكلف للتفصي عن ذلك بالنسبة الى الارضاع أن المنفعة

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٧ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٠ ح ١ .
(٢) سورة الطلاق ـ الآية ٦ .

التي تعلقت بها الاجارة هي حملها للولد و وضعه في حجرها ووضع الثدي في فمه ونحو ذلك ، لانفس اللبن .

ولايخفى ما فيه من البعد والتكلف السخيف ، فانه لايخفى أن الغرض الذاتي والمطلب الأصلي من الاستيجار إنما هو اللبن ، و هذه الأشياء إنما هي تابعة ، أو مقدمات لذلك ، فالأظهر أن يقال : ان هذه المواضع المذكورة مستثناة بالنصوص من قانون الاجارة ، وكم مثل ذلك في الاحكام ، هذا ان ثبت كون ما ادعوه قانوناً كلياً وقاعدة مطردة ، مع أنالم نقف له على دليل أزيد من ورود النصوص في أفراد الاجارات بذلك ، وهو لايستلزم الحصر فيما ورد ، الامع عدم وجود نص بخلافه ، فانه يمكن ادعاء ذلك قاعدة كلية ، على نحو القواعد النحويه المبنية على تتبع كلام العرب ، وهذه القاعدة ان ثبتت هنا ، فهي من هذا القبيل ، وإلا فاني لم أقف على خبر يدل على أن القاعدة في الاجارة ما ادعوه ، والله سبحانه العالم .

الثانية والعشرون : اختلف الاصحاب في جواز اجارة الدراهم والدنانير ، فقال في المختلف والقواعد والمبسوط : بالجواز ، قال للانتفاع بها مع بقاء عينها، مثل أن ينثرها ويسترجعها أو يضعها بين يديه فيتجمل بها وغير ذلك ، وقال ابن ادريس : يصح لأنه لامانع منه ، ثم قال : والذي يقوى في نفسي بعد هذا جميعه أنه لايجوز ، اجارتها ، لأنه في العرف المعهود لا منفعة لها الا باذهاب أعيانها ، ولأنه لايصح وقفها ، فلوصح اجارتها صح وقفها ، نعم تصح اجارة المصاغ منهما، وقال في موضع آخر : لاخلاف في أنه لايجوز وقفها ، لأن الوقف لايصح الا في الاعيان التي يصح الانتفاع بها مع بقاء عينها ، فاذاجاز اجارتها جاز وقفها ،وهو لايجوز ، ولأن من غصب مائة دينار وبقيت في يده سنة لم يلزمه الحاكم بأجرة ، واعترضه في المختلف بالمنع عن الملازمة بين الوقف والاجارة ، فان الوقف يصح اجارته ، ولا يصح وقفه ، نعم كلما يصح اعارته يصح اجارته ، والمنع من عدم الزام الغاصب بالأجرة ، ثم قال والتحقيق أن نقول ان كان لها منفعة مقصودة

حكمية صحت اجارتها ، وإلا فلا ، انتهى .

وفيه أن ظاهر منعه من عدم الزام الغاصب بالأجرة هو أن لها منفعة فيجب عليه الأجرة في مقابلة المنفعة التي فوتها على المالك ، مع أن ظاهر كلامه التوقف، حيث رتب الجواز على وجود المنفعة وعدمه ، ولم يحكم بشيء من الأمرين وقد صرح بالاستشكال في بعض كتبه ، وجزم بالجواز في بعض ، وظاهر الشرايع أيضاً التردد في ذلك ، حيث عبر بما عبر به في المختلف ، وشيخنا في المسالك حيث اختار جواز اجارتها ، وعدّ لها منافع تترتب على ذلك ، كما ستقف عليه انشاءالله تعالى وحمل تردده على الشك في الاعتداد بتلك المنافع وعدمه ، قال (رحمة الله عليه) : لما كان شرط العين الموجرة امكان الانتفاع بها مع بقاء عينها ، وكان الغرض الذاتي من هذين النقدين لايتم إلا بذهابهما وربما فرض لهما منافع مع بقاء عينهما ، بان يتزين بهما ، ويتجمل ويدفع عن نفسه ظاهر الفقر والفاقة ، فان دفع ذلك غرض مطلوب شرعاً ، حتى كان الائمة عليهم السلام يقترضون أموالاً ويظهرونها للناس ، أو يدفعونها إلى عمال الصدقة مظهرين أنها زكاة أموالهم ، ليظهر بذلك غناهم ، ومن جملة الاغراض المقصودة بها أيضاً نثرها في الاعراس ثم تجمع ، والضرب على سكتها ونحو ذلك فكان القول بجواز اجارتها قوياً ، وربما أشعر كلام المصنف بالتردد في إن هذه المنافع ، هل يعتدبها وتقوم بالمال على وجه تجوز الاجارة أم لا ، لتعليقه الجواز على شرط تحقق المنفعة مع أنها مشهورة ، وماذاك إلا للشك في الاكتفاء فيه بها ، انتهى .

أقول : ويدل على ما ذكره من اظهار التجمل بذلك ، والقرض لذلك وفعلهم عليهم السلام ذلك جملة من الأخبار ، ومنها مارواه في الكافي عن عبد الا على مولا آل سام (١) « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ان الناس يروون أن لك مالا كثيرا، فقال : مايسؤني ، ذلك ، ان أمير المؤمنين عليه السلام مرذات يوم على ناس شتى من

(١) الكافي ج ٦ ص ٤٣٩ ح ٨ ، الوسائل ج ٣ ص ٣٤٣ ح ٣ .

قريش ، وعليه قميص مخرّق ، فقالوا : أصبح علي عليه السلام لا مال لـه فسمعها أمير المؤمنين عليه السلام فأمر الذي يلي صدقته أن يجمع تمره ، ولا يبعث الى انسان شيئاً وأن يوفّره ثم قال له : بعه الأول فالأول واجعلها دراهم ، ثم اجعلها حيث تجعل التمر فاكبسه معه حيث لا يرى ، وقال للذي يقوم عليه : إذا دعوت بالتمر فاصعد وانظر المال فاضربه برجلك كأنك لا تعمد الدراهم حتى تنثرها ثم بعث الى رجل منهم يدعوهم ثم دعى بالتمر فلما صعد ينزل بالتمر ضرب برجله فانتثرت الدراهم ، فقالوا : ما هذا يا أباالحسن ؟ فقال : هذا مال من لا مال لـه ، ثم امر بذلك المال فقال : انظروا أهل كل بيت كنت أبعث اليهم فانظروا مالـه ، وابعثوا اليه ، » فروى في حديث آخر (١) مثله وفيه أن القائل كان طلحة والزبير، وروى في الكتاب المذكور أيضاً عن أبي بصير (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ان اناساً بالمدينة قالوا : ليس للحسن عليه السلام مال ، فبعث الحسن عليه السلام الى رجل بالمدينة فاستقرض منه ألف درهم فأرسل بها الى المصدق ، فقال : هذه صدقة مالنا : فقالوا : ما بعث الحسن بهذه من تلقاء نفسه إلا وله مال .

وروى فيه عن عبد الاعلى (٣) مولى آل سام « قال : ان علي بن الحسين عليه السلام اشتدت حاله حتى تحدث بذلك أهل المدينة ، فبلغه ذلك فتعين ألف درهم ثم بعث بها الى صاحب المدينة ، وقال ، هذه صدقة مالي» .

وبذلك يظهر قوة ماقواه ، لانه متى كان اظهار الغنى بين الناس مستحباً كما دلت عليه هذه الأخبار حتى أنهم عليهم السلام كانوا يقترضون لذلك فاستيجار الدراهم والدنانير لذلك مستحب ، والمنفعة ظاهرة ، بل مندوب اليها ، والظاهر أن تردد من تردد ممن قدمنا ذكره ، إنما هو لعدم حضور ماذكر ببالهم ، لا لعلمهم بذلك ، وإنما حصل لهم الشك في أنه هل يعتد بهذه المنافع أم لا ؟

---

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ٤٤٠ ح ١١ و ١٢ ، الوسائل ج ٣ ص ٣٤٣ ح ٢ وص ٣٤٢ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٤٤٠ ح ١٣ ، الوسائل ج ٣ ص ٣٤٣ ح ٤ .

ثم انـه على تقدير القول بجواز اجارتها ، فهل يشترط تعيين جهة الانتفاع بها أم لا ؟ قولان : وبالأول قال في الخلاف والمبسوط ، وبالثاني قال : ابـن ادريس . وهو ظاهر جملة ممن تأخر عنه .

قال في الخلاف والمبسوط : اذا استأجر دراهم أو دنانير وعين وجه الانتفاع بها كان على ما شرط ، وصحت الاجارة ، وان لم يعين بطلت الاجارة ، وكانت قرضاً لأن العادة في دنانير الغير ودراهمه أن لا ينتفع بها إلا على وجه القرض ، واذا أطلق الانتفاع رجع الاطلاق على ما يقتضيه العرف .

وقال ابن ادريس : لو قلنا أنه تصح الاجارة سواء عين جهة الانتفاع أو لم يعين كان قويا ، ولا يكون قرضاً لأنه استأجرها منه ، ومن المعلوم أن العين المستأجرة لا يجوز التصرف باذهاب عينها ، بل في منافعها فيحمل الاطلاق على المعهود الشرعي . ثـم قال ، والذي يقوى في نفسي بعد هذا كلّه بطلان اجارتها .

وأجاب في المختلف عن كلام ابن ادريس انتصاراً للشيخ بأن الشيخ عول على العرف وقد ثبت في العرف الشرعي انصراف الاجارة الى الأعيان فيما الغالب فيه تناولها دون المنافع ، كاستيجار المـرضعة ، والشاة للحلب ، وأجرة الحمام ، وكذا هنا ، لما كانت المنفعة المقصودة الانتفاع بأعيانها كانت الاجارة قاضية ، بجواز اتلافها وحينئذ تصـير قرضاً بالاتلاف ، وبعد هذا فالوجه على تقدير صحة الاجارة ، عدم جواز الاتلاف كغيرها من الاعيان .

أقول : لا يخفى ما في جواب العلامة من تطرق النظر اليه ، وأن الحق انما هو ما ذكره ابن ادريس ، وذلك لأن الاجارة نصاً وفتوى انما تنصرف الى المنافع ، والدراهم والدنانير لها منافع كما عرفت ، فلا يحتاج الى تعيينها كغيرها من ساير الاعيان المستأجرة ، واطلاق الاجارة انما ينصرف الى المنافع التـي هي المعهود الشرعي ، كما ذكره ابن ادريس ، وأما صحة الاجارة في استيجار المرضعة ونحوها فانما جرى على خلاف قاعدة الاجـارة ، بنص خاص ، فصار مستثنى من حيث

النص ، لا أن ذلك عرف شرعي ، ومانحن فيه لا نص فيه ، فلاوجه لجعله في عدادها ، وجعله من جملة أفرادها ، ودعواه كون ذلك عرفاً شرعياً ليس في محلّـه ، إذ المتبادر وهو اطراده في جميع الأفراد ، وشيوعه في جميع المـواد ، ومانحن فيه مما حكمت بصحة الأجارة مع استيفاء الاعيان منها ، ليس كذلك بل هومقصور على ماورد النص به من فردين أو ثلاثة ، ولهذا قدمنا في المنحة حيث لانص عليها من طريقنا وانما هومن طريق العامة أن عدها فيما ذكروه ليس في محله .

وبالجمله فانه لماكان مقتضى الاجارة نصاً وفتوى انما هو التسلّط على المنفعة خاصة ، فجواز التسلّط على العين يحتاج الى دليل آخر ، نعم قام الدليل عليه في تلك المواضع المذكورة ، فصارت مستثناة بذلك ، وما لم يقم عليه دليل فلايجوز الخروج به عن قاعدة الاجارة ، وهذا هو الذى اختاره في آخر كلامه ، وبذلك يظهر أن جوابه عن كلام ابن ادريس انما هومجرد تعصب عليه ، كما هي عادته غالبا في الكتاب المذكور ، والله سبحانه العالم .

الثالثة والعشرون: لو وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً يوجب الرد ، وكان جاهلاً به وقت العقد تخير بين الفسخ والرضا بالاجرة المسماة من غير أرش على المشهور ، ووجه التخيير أن العيب المذكور في العين موجب للنقص في المنفعة ، فيجوز له الفسخ دفعاً للضرر عن نفسه ، وللتدليس عليه ، ولأن مقتضى العقد صحة العوضين ، فلايلزم بدونها ، فمن ثم جاز له الفسخ ، وحينئذ وله الالتزام بالعيب لأنه تصرف في ماله باختياره .

وفي المسالك أن له الفسخ وان استوفى بعض المنفعة ، قال ولا يرد أنه مع استيفاء البعض يكون قد تصرف ، وهو يسقط خيار العيب ، لأن المراد بالتصرف حقيقة فى العوض الذي صار للمتصرف وهو هنا المنفعة ، ومالم يستوفه منها لم يتصرف فيه وانما حصل التصرف في المستوفي ، ولأن الصبر على العيب ضرر منفى ، انتهى .

والظاهر أنه غير خال من شوب الاشكال ، فان الظاهر من كلامهم فى كتاب

البيع أن التصرف انما هو عبارة عن وضع اليد على المبيع ، أو الثمن باستيفاء بعض منافعه ، او استعلامها كركوب الدابة ، ولمس الجاريه وتقبيلها وحلب الشاة ولبس الثوب ونحو ذلك ، فاستيفاء بعض من منفعة المستأجر تصرف في أصل المنفعة قياساً على ماذكرناه ، لا أنه يختص التصرف بما استوفاه كما ذكره ، وان كان هو الفرد الحقيقي ، إلا أن مقتضى ماذكرناه مما عدوه تصرفاً أعم منه كما لا يخفى .

وأما ما ذكره من أن الصبر على العيب ضرر منفي ، ففيه أن ما ذكروه من الحكم المذكور غير منصوص ، ويمكن أن يقال : بان له الأرش حينئذ كما في خيار العيب متى تصرف في المبيع ، على أن هذا الايراد يختص بالقول المشهور وأما على القول الآخر الآتي من الأرش مع الرضا فلاورود له كما لا يخفى .

ثم ان ظاهر كلام الأكثر هو ما ذكرناه آنفا من التخيير بعد ظهور العيب بين الفسخ والرضا بالأجرة ، وذهب جماعة منهم المحقق الثاني والشهيد الثاني الى أن له مع الرضا الأرش فهو مخير عندهم بين الفسخ والرضا بالأرش .

قال في الروضة بعد قول المصنّف وفي الأرش نظر ما لفظه : من وقوع العقد على هذا المجموع وهو باق ، فاما أن يفسخ أو يرضى بالجميع ، ومن كون الجزء الفائت أو الوصف مقصوداً للمستأجر ولم يحصل وهو يستلزم نقص المنفعة التي هي أحد العوضين ، فيجبر بالأرش وهو حسن .

أقول : فيه ما عرفت من أن أصل المسئلة غير منصوص ، والظاهر انهم ذكروا هذا الحكم هنا قياساً على البيع من انّه متى ظهر عيب بالمبيع تخير المشترى بين الفسخ وبين الالتزام مع الأرش ، مع أن الأخبار ثمة لا تدل على ما ذكروه كما حققناه في البيع ، وانما هو موردها مع ظهور العيب الخيار خاصة ، وأما الأرش فانما هو مع التصرف ، وأما تعليله هنا فعليل ، فان ما ذكره من ضرره هنا بنقص المنفعة يجبر بالفسخ الذي هو أحد فردى التخيير ، ولا ينحصر في الأرش .

نعم لو لم يكن له الفسخ فان ما ذكره متجه ، لكن الأمر ليس كذلك ،

وكيف كان فان ثبوت الاحكام الشرعية بمثل هذه التقريبات العقلية لايخلو من المجازفة في أحكامه عزوجل التي قد استفاضت النصوص بالنهي عن القول فيها بغير علم منه عز وجل أومن نوابه (صلوات الله وسلامه عليهم) .

ثم انه قال في المسالك تفريعاً على ما اختاره من وجوب الأرش : وطريق معرفته أن ينظر الى أجرة مثلها سليمة ومعيبة ، وينظر الى التفاوت بينهما ، ويرجع من المسمى بتلك النسبة ، ولايخفى أنه متى اختار الفسخ فان لم يمض من المدة ماله أجرة فلا اشكال ، وان مضت مدة كذلك ، فعليه من المسمى بنسبة ذلك من المدة .

هذا كلّه فيما أذا كانت الاجارة واردة على عين ، أما لو كانت في الذمة ودفع له عيناً معيبة فالواجب ابدالها ولافسخ هنا ، الا أن يتعذر البدل لعدم وجوده أو لتغلّب الموجر وعدم امكان جبره فيفسخ المستأجر ، ويرجع الى ماله ، والله سبحانه العالم .

الرابعة والعشرون : الظاهر أنه لاخلاف في تضمين الصناع من المكارين والملاحين والقصارين وسائر الصناع لماجنته أيديهم ، سواء كان نقصاً في العين أوتلفاً ، وان كان حاذقاً واحتاط واجتهد ، وانما الخلاف فيما لو تلفت بغير فعله . وغير تفريطه وظاهر جماعة منهم الشيخ المفيد والمرتضى القول بالضمان ، والمشهور وهو قول الشيخ وأتباعه وابن ادريس ومن تأخر عنه العدم .

قال الشيخ المفيد : القصار والخياط والصباغ وأشباههم من الصناع ضامنون لما جنته أيديهم على السلع ، ويضمنون ماتسلموه من المتاع الا أن يظهر هلاكه ويشتهر بمالايمكن دفاعه أوتقوم لهم بيّنة بذلك ، والملاح والمكاري والجمال ضامنون للأمتعة الاأن تقوم لهم بيّنة بأن الذى هلك منه بغير تفريط منهم ولاتعد فيه ، وقال المرتضى : مما انفردت به الامامية القول بأن الصناع كله كالقصارين والخياط ومن اشبههما ضامنون للمتاع الذى يسلّم اليهم ، الا أن يظهر هلاكه ويشتهر

بما لا يمكن دفعه . أو تقوم به بينة بذلك ، وهم أيضا ضامنون لما جنته أيديهم على المتاع بتعد وغير تعد ، وسواء كان الصانع مشتركاً أو غير مشترك ، ثم فسر معناهما .

وقال في المختلف والمبسوط والنهاية : لا ضمان عليهم الا فيما يهلك مما أفسدوه أو يكون بشيء من جهتهم أو بتفريط منهم وما أشبه ذلك ، فان هلك من غير ذلك لم يكن عليهم شيء من ذلك ، وبه قال أبو الصلاح وسلار .

وقال ابن ادريس : اختلف أصحابنا في تضمين الصناع والمكارين والملاحين فقال بعضهم : هم ضامنون لجميع الأمتعة وعليهم البينة ، الا أن يظهر هلاكه ويشتهر بما لا يمكن دفاعه ، مثل الحريق العام والغرق والنهب كذلك ، فأما ما جنته أيديهم على السلع فلا خلاف بين أصحابنا أنهم ضامنون له ، وقال الفريق الآخر من أصحابنا وهم الاكثرون المحصلون : أن الصناع لا يضمنون إلا ماجنته أيديهم على الأمتعة أو فرطوا في حفاظه ، وكذلك الملاحون والمكارون والرعاة وهو الأظهر والعمل عليه ، لأنهم أمناء سواء كان الصانع منفرداً أو مشتركاً .

قال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال : والوجه اختيار الشيخ ، لنا الاصل براءة الذمة وعدم الضمان ، فان أيديهم ليست عادية ، وهم أمناء فلا يتعلق بهم ضمان ، إلا مع تعد أو تفريط ، كالمستودع وغيره .

أقول : وعلى هذا القول جرى المتأخرون ، والواجب أولاً نقل الأخبار المتعلقة بهذا المقام ثم الكلام فيها بما رزق الله فهمه ببركتهم عليهم السلام فمنها ما رواه في الكافي والتهذيب عن الحلبي (١) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام « قال سألته عن القصار يفسد قال : كل أجير يعطى الأجر على أن يصلح فيفسد فهو ضامن » .

وما رواه في التهذيب عن أبي الصباح الكناني (٢) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤١ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ٣٧ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٠ ح ٤٥ ، وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٢٧١ ح ١ و ص ٢٧٤ ح ١٣ .

عن القصار هل عليه ضمان؟ قال: نعم كل من يعطى الأجر ليصلح فيفسد فهو ضامن».

وما رواه في الفقيه عن حماد عن الحلبي (١) في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن».

وما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي الصباح (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الثوب أدفعه الى القصار فيخرقه؟ قال: أغرمه فانك انما دفعته اليه ليصلحه، ولم تدفعه ليفسده».

وعن اسمعيل بن الصباح (٣) «قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن القصار يسلم اليه المتاع فخرقه أو غرقه أيغرمه؟ قال: نعم غرّمه ما جنت يداه فانك إنما أعطيته ليصلح، لم تعط ليفسده».

هكذا اسناد الخبر في نسخ التهذيب وربما وجد في بعضها عن اسمعيل عن أبي الصباح وهو الظاهر، كما هو في سند سابق هذا الخبر، ويحتمل في اسمعيل أنه ابن عبد الخالق، أو ابن الفضل الهاشمي.

وما رواه في الكافي والتهذيب عن السكوني (٤) «عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام رفع اليه رجل استأجر رجلاً ليصلح له بابه فضرب المسمار فانصدع الباب فضمنه أمير المؤمنين عليه السلام».

أقول: وهذه الأخبار كلها موافقة لما اتفق عليه الأصحاب من ضمان ما جنته يد الصانع، وان كان لا عن تعمد، وان ذلك قاعدة كلية في كل من أعطى الأجر ليصلح فأفسد فانه ضامن.

---

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٦١ ح ١ من باب ٧٥.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٢٢٠ ح ٤٢.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٢١ ح ٥٠.
(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٤٣ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ٤١، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٥ ح ١٩ و ص ٢٧٣ ح ٨ و ص ٢٧٤ ح ١٠.

ومنها مارواه في الكافي عن الحلبي (١) في الصحيح أو الحسن « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال في الغسال والصباغ : ما سرق منهما من شيء فلم يخرج (منه) على أمر بيّن أنه قد سرق ، وكل قليل له أو كثير « فهو ضامن » ، فان فعل فليس عليه شيء « وان لم يفعل » ولم يقم البيّنة وزعم أنه قد ذهب الذي ادعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن له على قوله بيّنة » ورواه في الفقيه مثله ، وكذا الشيخ في التهذيب ، وزاد فيه وعن رجل استأجر أجيراً فاقعده على متاعه فسرق قال : هو مؤتمن ».

وما رواه في الكافي في الصحيح عن الحلبي (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام « قال في الغسال والصباغ : ما سرق منهم من شيء فهو ضامن » أقول : يعني اذا ادعى السرقة كما هو ظاهر الخبر الاول .

ومارواه المشايخ الثلاثة عن أبي بصير (٣) عن ابي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن قصار دفعت اليه ثوباً فزعم أنه سرق من بين متاعه ، فقال : عليه أن يقيم البينة أنه سرق من بين متاعه ، وليس عليه شيء ، وان سرق متاعه كله فليس عليه شيء .

وعن السكوني (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصائغ والصباغ احتياطاً على أمتعة الناس ، وكان لايضمن من الغرق والحرق والشيء الغالب » .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن اسمعيل بن مرار عن يونس (٥) « قال : سألت الرضا عليه السلام عن القصار والصائغ أيضمنون ؟ قال : لايصلح الناس الا أن

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٢ ليس في الكافي كلمة « فهو ضامن » وكذا كلمة « وان لم يفعل » التهذيب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٣٤ ، الفقيه ج ٣ ص ١٦١ الباب ٧٦ ح٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٢ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٤ و ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٣٥ و ص ٢١٩ ح ٣٨ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٤٣ ح ١٠ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ٤٠ ، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٧ ح ٢ و ص ٢٧٤ ح ٥ و ٦ و ص ٢٧٣ ح ٩ .

يضمنوا ، قال : وكان يونس يعمل به ويأخذ » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن مسمع (١) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : الأجير المشارك هو ضامن الأمن سبع أو غرق أو حرق أو لص مكابر » .

ومارواه في التهذيب عن زيد بن علي (٢) عن آبائه عليهم السلام أنه أتى بحمال كان عليه قارورة عظيمة فيها دهن فكسرها فضمنها اياه ، وكان يقول كل عامل مشترك اذا افسد فهو ضامن ، فسألته ما المشترك ؟ فقال الذي يعمل لي ولك » .

وكذا مارواه في الكافي والفقيه عن الحلبي (٣) في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأل رجل جمّال استكرى منه ابل وبعث معه بزيت الى أرض فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق ما فيه ، فقال انه ان شاء أخذ الزيت ، وقال : انه انخرق ولكنه لا يصدق إلا ببيّنة عادلة » .

ومارواه في التهذيب عن الشحام (٤) قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل جمال اكترى منه ابل و « بعثت » معه بزيت الى نصيبين فزعم أن بعض « زقاق » الزيت انخرق فاهراق فقال له : ان شاء أخذ الزيت وان زعم أنه انخرق فلا يقبل الا ببيّنة عادلة » .

ومارواه في الفقيه عن حماد (٥) عن الحلبي في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام في جمال يحمل معه الزيت فيقول قدذهب أو أهرق أو قطع عليه الطريق ، فان جاء ببينة عادلة أنه قطع عليه أوذهب فليس عليه شيء ، والا ضمن » .

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٤ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٦ ح ٢٧ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٢ ح ٥٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٤٣ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٧ ح ٣٢ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ١٢٩ ح ٣٥ ، الفقيه ج ٣ ص ١٦٢ ح ٤ مع اختلاف يسير .

(٥) الفقيه ج ٣ ص ١٦١ ح ١ ب ٧٦ ، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٧ ح ٤ و ص ٢٧٩ ح ١٣ و ص ٢٧٦ ح ١ و ص ٢٨٠ ح ١٦ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحلبي (١) عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل حمل مع رجل في سفينة طعاماً فنقص قال هو ضامن ، قلت : انه ربما زاد قال : تعلم أنه زاد فله شيئاً ؟ قلت : لا قال : هو لك .

أقول : وهذه الأخبار كما ترى واضحة الدلالة ، ساطعة المقالة ، فيما ذهب اليه المفيد والمرتضى .

ومنها مارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٢) « قال قال أبو عبد الله عليه السلام كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصايغ احتياطاً على أموال الناس ، وكان أبي عليه السلام يتطول عليه اذا كان مأموناً » وروى في الفقيه مرسلاً قال : وقال عليه السلام : كان أبي يضمن القصار والصواغ ما أفسد ، وكان علي بن الحسين عليه السلام يتفضل عليهم » .(٣)

وما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي بصير (٤) في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام في الجمّال يكسر الذى يحمل أو يهريقه ؟ قال إن كان مأموناً فليس عليه شيء وإن كان غير مأمون فهو ضامن » .

وما رواه في التهذيب والفقيه عن أبي بصير (٥) في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : لا يضمن الصايغ ولا القصار ولا الحايك إلا أن يكونوا متهمين ، (فيجيئون) بالبيّنة ، ويستحلف لعلّه يستخرج منه شيئاً » ، وفي رجل استأجر حمالاً فكسر الذى يحمل أو يهريقه فقال على نحو من العامل : إن كان مأموناً فليس عليه شيء

---

(١) الكافي ج٥ ص٢٤٣ ح٣ ، التهذيب ج٧ ص٢١٧ ح٣٠ ، الفقيه ج٣ ص١٦١ ح١

(٢) الكافي ج٥ ص٢٤٢ ح٣ ، التهذيب ج٧ ص٢٢٠ ح٤٤ ، الفقيه ج٣ ص١٦٢ ح٨

(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٦١ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٤٤ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٦ ح ٢٦ ، الفقيه ج ٣ ص ١٦٣ ح ١٢ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٣٣ وفيه « فيخوف » بدل « فيجيئون » ، الفقيه ج ٣ ص ١٦٣ ح ٩ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٧ ح ٢ و ص ٢٧٢ ح ٤ و ص ٢٧٨ ح ٧ و ص ٢٧٤ ح ١١ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وإن كان غير مأمون فهو ضامن .

وما رواه في التهذيب (١) عن بكر بن حبيب عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : لا يضمن القصار إلا ما جنت يداه ، وان اتهمته أحلفته » .

أقول : يعني بالنسبة الى دعوى التلف كما هو سياق الأخبار الآتية ، ومنها بالاسناد المتقدم (٢) « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أعطيت جبة الى القصار فذهبت بزعمه ، قال : ان اتهمته فاستحلفه وان لم تتهمه فليس عليه شيء » .

وما رواه في التهذيب في الصحيح عن الصفار (٣) « قال كتبت الى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوباً الى القصار ليقصّره ، فدفعه الى قصار غيره ليقصّره ، فضاع الثوب هل يجب على القصار أن يرده اذا دفعه الى غيره ، وان كان القصار مأموناً ؟ فوقع عليه السلام : هو ضامن له ، إلا أن يكون ثقة مأموناً » .

وما رواه في التهذيب عن حذيفة بن منصور (٤) « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل يحمل المتاع بالأجر فيضيع فتطيب نفسه أن يغرمه لأهله ، أيأخذونه ؟ قال : فقال لي : أمين هو ؟ قلت : نعم ، قال : فلا يأخذون منه شيئاً » ، وعن حذيفة بن منصور (٥) « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : أن معاذ بن كثير وقيساً أمراني أن أسألك عن جمّال حمل لهم متاعاً بأجر ، وأنه ضاع منه حمل قيمته ست مائة درهم وهو طيّب النفس لغرمه لأنه ضاعته ، قال : يتهمونه ؟ قلت : لا قال : لا يغرمونه » .

وما رواه في التهذيب عن معاوية بن عمار (٦) في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن الصباغ والقصار ؟ قال : ليس يضمنان » .

---

(١) و (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٢١ ح ٤٩ و ٤٨ .
(٣) و (٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٢ ح ٥٦ و ٥٧ ،
(٥) و (٦) التهذيب ج ٧ ص ١٢٩ ح ٣٦ ص ٢٢٠ ح ٤٦ ، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٥ ح ١٦ و ١٧ و ١٨ و ص ٢٧٩ ح ١٢ و ص ٢٧٤ ح ١٠٤

وما رواه في التهذيب والفقيه عن جعفر بن عثمان (١) « قال : حمل أبي متاعاً الى الشام مع جمّال فذكر أن حملاً منه ضاع . فذكرت ذالك لأبي عبدالله عليه‌السلام فقال : أتتهمه ؟ قلت : لا قال : لاتضمنه » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن خالد بن الحجاج (٢) « قال : سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن الملاح أحمل معه الطعام ثم أقبضه منه فينقص ، قال إن كان مأموناً فلا تضمنه » .

أقول : هذا ما حضرني من أخبار المسئلة ، وليس فيها ما يدل على القول المشهور إلا ظاهر الرواية الأخيرة ، والشيخ قد حملها على ما إذا كانا مأمونين ، وهو جيد .

وأما ما يدل على قول المفيد والسيد فجملة من الأخبار التي عرفت ، وأنت إذا رددت هذه الأخبار التي تلوناها عليك بعضها إلى بعض وحملت مطلقها الى مقيدها ، ظهر لك أن الحكم بالنسبة الى دعوى التلف أنه ان كان أميناً غير متهم فلاضمان عليه ، والا فهو ضامن ، الا أن يقيم البينة ، أويكون لأمر ظاهراً في دعواه .

وبه يظهر أن اطلاق كل من القولين المتقدمين ليس في محله ، والعلامة في المختلف حيث اختار قول المشهور كما قدمنا نقله عنه حمل ما نقله من الاخبار الدالة على قول المفيد والمرتضى على التفريط والتعدى ، جمعاً بين الأدلة ، أوعلى تأخير المتاع عن الوقت المشترط ، وان كان نوع تفريط ، لما رواه الكاهلي(٣) في الحسن عن الصادق عليه‌السلام قال : سألته عن القصار يدفع اليه الثوب واشترط عليه أن يعطيه في وقت ، قال : إذا خالف وضاع الثوب بعد الوقت فهوضامن » .

وأنت خبير بما فيه من التعسف المستغنى عنه ، فانه لا اشعار في شيء

---

(١) و (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢١٧ ح ٢٨ و ٢٩ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ٣٩ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٨ ح ٦ و ص ٢٧٧ ح ٣ و ص ٢٧٣ ح ٧ .

من تلك الأخبار بما ادعاه من التعدي والتفريط ، بل هي ظاهرة الدلالة في المدعى وما ادعاه من الحمل على تأخير المتاع أبعد ، اذلا اشعار في شيء منها بذلك ، بل هي ظاهرة في أن الضمان إنما هو من حيث التلف ، وان كان لاعن تعد ولاتفريط والوجه في الجمع إنما هوما قلناه ، لتكاثر الأخبار به كما عرفت .

واستند في المسالك حيث اختار القول المشهور الى أصالة البرائة ولأنهم أمناء فلا يضمنون بدون التفريط ، قال : و في كثير من الأخبار دلالة عليه ، وفيه أن الأصل يجب الخروج عنه بالدليل ، وقد عرفته مما ذكرناه من الأخبار الساطعة في ذلك على وجه لاتقبل الانكار الا من حيث قصور التتبع لها ، كما لايخفى على من جاس خلال الديار ؛ وأما ما ذكره من أنهم أمناء فلايضمنون الامع التفريط ، فهو وان كان كذلك في جملة من المواضع ، الا أنه من الجائز خروج هذا الحكم من تلك المواضع ، لأن الاجارة على هذا الوجه نوع معاوضة ، فيجب ايصال كل عوض الى مستحقه أو بدله ، الا أن يعلم بأحد الوجهين المتقدمين تلفه بغير تفريط ولا تعد ، ولهذا ان أخبار هذه المسئلة على كثرتها وتعددها كما عرفت خالية عن ذلك ، فانها على تعددها واستفاضتها وصحتها وضم بعضها الى بعض صريحة في الضمان إلامع كون الأجير ثقة مأموناً غير متهم كما عرفت ، ولا اشعار في شيء منها ، فضلاً عن الظهور بكون الضمان مستندا الى التفريط أو التعدي ، وإنما رتب فيها على مجرد التلف ، ولكنهم لعدم التتبع التام للأخبار يقعون فيما يقعون فيه ، والحكم كما ذكرنا واضح بحمدالله سبحانه .

ثم ان الظاهر أن ما دل عليه صحيح الحلبي ومرسل الفقيه من التفضل والتطوع بعدم الضمان ، ينبغي حمله على ذينك الامامين عليهما السلام بمعنى أنه إذا وقع ذلك في مالهما لايضمنون العامل جمعاً بين الأخبار ، لما عرفت من قول أمير المؤمنين والرضا عليهما السلام « لايصلح الناس الا أن يضمنوا احتياطاً على أموال الناس ، » بمعنى أن الحكم الشرعي تضمينهم ، فانهم متى عرفوا ذلك احتاطوا في

حفظ أموال الناس خوف الغرم ، ولو حمل الخبران الأولان على أن المراد بهما أنهما عليهما السلام يحكمان بالتفضل والتطوع بالنسبة الى الناس ، لحصلت المنافاة والمعارضة بين الأخبار ، على أن صحيح الحلبي صريح في أن تطوله عليه السلام بعدم الضمان إنما هو في صورة ما إذا كان مأموناً ، وحينئذ فيرجع الى الأخبار الاخيرة الدالة على قيد المأمونية ، ويحمل اطلاق تفضل علي بن الحسين عليه السلام على ذلك ، وبه يزول الاشكال وان حمل على غيرهما من الناس ، والله سبحانه العالم .

الخامسة والعشرون : في اجارة المملوك ، والكلام فيها يقع في مواضع : الأول : فيما إذا آجر المولى عبده أوآجر العبد نفسه باذن مولاه فافسد ، فلاخلاف ولا اشكال في لزوم ذلك للمولى ، لمكان اذنه ، لأن الاذن في الاجارة يقتضي الالتزام بلوازمها التي من جملتها الضمان هنا ، لكن الخلاف إنما هو في أنه هل يختص الضمان بكسب العبد ، لأن الصانع لما كان ضامناً لما يفسده في ماله ، والعبد لامال له ، تعلق الضمان بكسبه ، وعلى هذا لو زادت الجناية على الكسب لم يلزم المولى شيء أو يكون الضمان علي المولى ؟ مطلقا قولان : وبالثاني قال في النهاية وأبو الصلاح .

قال في النهاية : من استأجر مملوك غيره من مولاه ، فأفسد المملوك شيئا أو أبق قبل أن يفرغ من عمله كان مولاه ضامناً لذلك ، وقال ابن ادريس : يكون ضامناً لبقية الأجرة دون أرش ما أفسده .

أقول : وكلام ابن ادريس لايخلو من اجمال ، فانه يحتمل أن يراد به أن أرش الجناية لايضمنه السيد من ماله ، ولامن كسب العبد ، وحينئذ فيكون هذا قولا ثالثا في المسألة ، ولم أقف على من نقله عنه ، ويحتمل أن يراد به أنه لايضمنه المولى من ماله ، وان ضمنه من كسب العبد ، كما هو القول الاخر في المسئلة ، الا أنه لايخلو من بعد ، وكلام أبي الصلاح على نحو كلام الشيخ .

والذي يدل على ما ذهب اليه الشيخ ما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة

وأبي بصير(١) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام استأجره منه صائغ أو غيره قال : ان كان ضيع شيئاً أو أبق فمواليه ضامنون » وظاهر المختلف حمل الرواية على أن الضمان المراد ضمان الموالي من كسب العبد لامن أموالهم ، ولايخفى بعده ، وفصل في المسالك وقال : والأصح أن الافسادان كان في المال الذي يعمل فيه من غير تفريط تعلق بكسبه ، كما ذكروه ، وان كان بتفريط تعلق بذمته يتبع بـه إذا أعتق ، لأن الاذن في العمل لايقتضي الاذن في الافساد .

نعم لو كان باذن المولى تعلق به ، وعليه تحمل الرواية ، وان كان بجناية على نفس أو طرف تعلق برقبة العبد ، وللمولى فدائه بأقل الأمرين من القيمة أو الأرش ، سواء كان باذن المولى أم لا ، انتهى .

وفيه أولا أن ظاهر قوله « نعم لـو كان باذن المولى تعلق بالمولى ، يعطى أن حكمه بتعلقه بكسب العبد في صورة عدم التفريط والتعدى ، والتعلق بذمته في صورة التفريط مبني على أن الاستيجار بدون اذن المولى ، وهو خلاف فرض أصل المسئلة وذلك فإن البحث هنا في المسئلة إنما بنى على ما قدمنا ذكـره من اجارة المولى عبده أو اجارة العبد نفسه باذن المولى ، وثانياً أنـه مع عدم الاذن فانـه لاريب في بطلان الاجارة ، فلايترتب عليها شيء مما ذكر من الضمان ، لأن تصرف المستأجر في العبد بدون اذن مولاه غصب محض ، لايستحق ضماناً ، ويحتمل أن المراد أنه لو أذن المولى للعبد في الافساد فيكون الضمير في كان راجعاً الى الافساد ، وهو وان كان معنى صحيحاً في حد ذاته ، الا أن حمل الرواية على ذلك في غاية البعـد .

وبالجملة فان فهمي القاصر ــ عن ادراك معنى صحيح لهذا الكلام ــ خاسر ، وكيف كان فانه لايخفى ما في الحكم بتعلق حكم الضمان بذمته ، وأنه يتبع به اذا

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٠٢ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٣ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٩ ص ١٨٣ ح ١ .

أعتق من الاشكال ، لما فيه من الضرر على المالك ، فانه قد يتعمد العبد الجناية على مال المالك ، ويفرط فيه فيسرق لعلمه بأنه لايؤاخذ به الا بعد العتق ، مع أنه قد لايعتق بعد موت المالك ، أويكون فقيراً بعد العتق ، وكيف يصح ارتكاب هذا الضرر ، مع عدم وجود دليل عليه ، والرواية ظاهرة الدلالة باطلاقها على ضمان المولى مطلقا ، ويؤيدها أن المولى بوصفه عبده واجارته لمثل هذه الأمور التي لايحسنها في قوة المدلس ، فيجب عليه الضمان .

وبالجملة فالظاهر هو الوقوف على ظاهر النص المذكور ، كما ذكره الشيخ ومن تبعه ، والخروج عنه بغيردليل شرعي سوى هذه التخريجات مشكل ، والله سبحانه العالم .

الثاني : لو آجر السيد عبده ثم اعتقه فلاخلاف في صحة الاجارة والعتق ، أما الأجارة فظاهر ، لأن منافع العبد لمولاه حال ملكه ، فيجوز له نقلها بالاجارة كمنفعة نفسه ، فانه يوجر نفسه غيره ، وأما العتق فكذلك أيضاً ، فانه مالك لرقبته ، والعتق مورده رقبة المملوك ، والمنافع وان كانت تابعة للرقبة الا أنه قد سبق ملكها ، أوملك بعضها بعقد الاجارة ، غاية الأمر أن العتق إنما صادف الرقبة دون منافع مدة الأجارة ، فتزول السلطنة عن الرقبة ، والمنافع التي لم تدخل تحت الاجارة ، وهومما لاخلاف ولا اشكال فيه .

وإنما الخلاف في أنه هل يرجع المملوك على مولاه بأجرة المثل عن تلك المدة التي آجره فيها أم لا ؟ قال ابن ادريس ومثله الشيخ في المبسوط : إذا آجر عبده مدة ثم اعتقه في اثنائها صح ، وهل يرجع على السيد بأجرة المثل لما يلزمه من الخدمة بعد الحرية ؟ قيل : فيه قولان : أحدهما يرجع بأجرة المثل في تلك المدة ، والآخر لايلزمه ، وهوالصحيح ، لأنه لادليل عليه ، والأصل برائة الذمة ، وربما علل الرجوع بأن ازالة الرق يقتضي ملك العبد لمنفعته فاذا سبق نقل المولى لها فاتت العين ، فيرجع العبد على المولى بعوضها ، وهوأجرة المثل ، وضعفه ظاهر

مما تقدم ، فان تصرف المولى بالاجارة في تلك المنافع لاريب في صحته ، وعدم ترتب ضمان عليه في ذلك واستحقاق المستأجر لتلك المنافع مما لاريب فيه أيضاً ، والعتق إنما صادف ازالة الرق عن الرقبة مسلوبة المنافع تلك المدة ، فقول القائل المذكور أن الرق يقتضي ملك العبد لمنفعته إنما يتم ، فيما اذا صادف العتق ازالة الرق من الرقبة ومنافعها ، لافيما نحن فيه . ولهذا لو أعتقه وشرط عليه خدمته مدة معينة صح ذلك ، كما أن المنفعة هنا لايقتضي العتق ملك العبد لها لمكان الشرط ، كذلك فيما نحن فيه للسبق ، فان المالك قد آجرها سابقاً وهذه الصورة أولى بعدم مطالبة العبد من صورة الشرط .

وبالجملة فان ضعف القول المذكور أظهر من أن يخفى ، ومن المحتمل قريباً أن هذا القول إنما هو للعامة كما هو مؤمى عبارة المبسوط ، فانه لم ينسب الى أحد من أصحابنا صريحاً ، والظاهر أن الاصحاب إنما نقلوا الخلاف من هذه العبارة ، بقي الكلام هنا في شيء آخر أيضاً وهو نفقة العبد في مدة الاجارة .

قال في المسالك بعد البحث في الحكم المتقدم : اذا تقرر ذلك فنفقة تلك المدة اذا لم تكن مشروطة على المستأجر ، هل يجب على مولاه ، أو في كسبه ، أو في بيت المال ان كان ؟ أوجه : من انتفائها من العبد ، لاستغراق وقته في الخدمة ، وعن المستأجر لانتفاء الشرط ، فلم يبق لها محل الا السيد ، ولأنه ملك عوض المنفعة تلك المدة ، ومن انتفاء المقتضي ، للانفاق ، وهو الملك ، وقد زال ومن أن النفقة مقدمة على حق كل أحد كما في المديون والمعسر ، فيخرج من الكسب مقدمة على حق المستأجر ، والأقوى الاخير لزوال ملك السيد وعجزه عن نفسه ، ولبطلان الحصر وعدم استلزام تملك عوض منفعة تلك المدة النفقة ، وإنما تقدم النفقة على حق الغير من مال المكتسب ، وبيت المال معد للمصالح ، وهو من جملتها ، ومع تعذره فهو من الواجبات الكفائية على ساير المكلفين ، انتهى .

أقول : قد تقدم نقل الخلاف في نفقة الدابة إذا آجرها المالك هل هي على

المستأجر أو المالك ؟ والانسان إذا آجر نفسه هل نفقته على نفسه ، أو المستأجر ، ومحل الاشكال هنا إنما يتوجه على القول بكون النفقة على المالك في الأول ، وعلى الموجر نفسه في الثاني ، وأما على تقدير كونها على المستأجر أصالة كما هو أحد القولين أو بالشرط على القول الثاني فلا اشكال ، ولهذا انه لما كان مذهب شيخنا الشهيد الثاني هو أن النفقة على المالك ، والموجر نفسه ، جعل محل الاشكال فيما لو لم يكن مشروطة على المستأجر ، وقد استشكل في ذلك أيضاً جمع من الاصحاب منهم العلامة في الارشاد ، ووجه الاشكال كما ذكره هنا من أنه ملك عوض المنفعة تلك المدة و استوفاه ، فيلزمه النفقة ، ومن أنه بالعتق خرج عن ملكه ، المقتضي لوجوب الانفاق ، فيزول وجوب الانفاق .

وبالجملة فالمسئلة محل اشكال ، لخلوها من النص ، وان كان ما ذكره شيخنا الشهيد الثاني لايخلو عن قرب ، بناء على الأخذ بهذه التقريبات المتداولة في كلامهم ، لأنه نفاها عن المستأجر من حيث عدم الشرط ، بناء على مذهبه في المسئلة كما أشرنا اليه ، وعن السيد لتبعية وجوب النفقة للملك ، وعدم ثبوت الاستلزام المدعى ، وعن العبد ، لاستغراق وقته في الخدمة ، وتقديمها من الكسب ـ على حق المستأجر ، قياساً على المديون ، والمعسر ـ إنما يتم لو كان له مال مكتسب ، وقد عرفت أنه لانتقال منافعه الى المستأجر واستغراق وقته في الخدمة لامال له ، فلاوجه لايجابها في كسبه ، اذلا كسب له ، فلم يبق الا الرجوع الى بيت المال ان كان ، أو المؤمنين وجوباً كفائياً ، والله سبحانه العالم .

الثالث : قال في المختلف : اذا استأجر العبد سنة ، ثم مات بعد مضي نصفها ، قال الشيخ وتبعه ابن ادريس : يصح فيما مضى ، ويبطل فيما بقي ، وله المطالبة بأجرة المثل ، فان تساويا أخذه ، وان كان أجرة الباقي أكثر استحق الزيادة ، مثل أن يكون أجرة الماضي مائة ، والباقي مأتين ، فانه يستحق عليه مأتين ، وبالعكس ، وهذا القول فيه نظر ، بل الحق أن ينسب المسمى الى أجرة المثل ،

ويقسط ما قابل المتخلف ، وكأن مراد الشيخ ذلك ، انتهى .

السادسة والعشرون : قد صرح الأصحاب بأنه لايضمن صاحب الحمام الاما أودع وتعدى أو فرط فيه ،وهو كذلك ، اما أنه لايضمن بغير الايداع فظاهر ، لأن الأصل برائة الذمة من وجوب حفظ مال الغير مع عدم الالتزام بـه حتى لو نزع المغتسل ثيابه ، وقال احفظها ولم يقبل لم يجب عليه الحفظ ، وأما أنه مع الايداع لايضمن الا بالتفريط أو التعدي ، فلانه أمين محض ، وقد تقدم تحقيق القول فيه في كتاب الوديعة ، ويدل على ذلك أيضاً ماروواه المشايخ الثلاثة مرسلاً (١) في بعض عن الباقر عن أمير المؤمنين عليهما السلام ، ومسنداً في بعض عن غياث بن ابراهيم(٢) « عن أبي‌عبدالله عن أبيه عليهما السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام أتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه ، وقال : إنما هو أمين » قال بعض مشايخنا المحدثين من متأخري المتأخرين لعـل المعنى أنه يحفظها بمحض الأمانـة ، وليس ممن يعمل فيها أو يأخذ أجـرة على حفظها ، فهو محسن لاسبيل عليه ، ويمكن أن يقال : خصوص هذا الشخص كان أميناً غير متهم ، فلذا لم يضمنه ، والأول أظهر انتهى .

أقول : بل الظاهر أن الثانـي أظهر إذ مجرد وضع الثياب عنده من غـير أن يظهر منه ما يدل على قبول أيتمانها لايدل على كونه أميناً يترتب عليه ما يترتب على ساير الامناء من عدم الضمان الامع التفريط ، وقد تقدم ذلك في كتاب الوديعة .

ومارواه في التهـذيب عن السكـوني (٣) عن جعفـر عن أبيـه عليهما السلام أن عليا عليه السلام كان يقول لاضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الـثياب ، لأنه انما أخذ الجعل على الحمام ، ولم يأخذ على الثياب » .

---

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٦٣ ح ١٠ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٨ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٣٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٠ ح ١ .

(٣) الوسائل ج ١٣ ص ٢٧١ ح ٣ البـاب ٢٨ من أبـواب أحـكام الاجـارة التهذيب ج ٦ ص ٣١٤ ح ٨٦٩ ، الرواية بهـذا المتن بعينها هي رواية اسحق بن عمار ولم نقف على هذا المتن عن طريق السكوني .

وما رواه في قرب الاسناد عن أبي البختري(١) عن جعفر عن آبائه عليهم السلام «عن علي عليه السلام أنه كان لا يضمن صاحب الحمام، وقال: إنما يأخذ أجراً على الدخول الى الحمام».

ومارواه في التهذيب عن اسحق بن عمار (٢) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن علياً عليه السلام كان يقول لاضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب».

السابعة والعشرون: قال في الخلاف: اذا آجر الأب أو الوصي الصبي أوشيئاً من ماله صحت الاجارة اجماعاً، فان بلغ الصبي قبل انقضاء المدة كان له مابقي ولم يكن للصبي فسخه، لان العقد على غير البالغ وعلى ماله وقع صحيحاً بلاخلاف فمن ادعى أن له الفسخ بعد البلوغ فعليه الدلالة، وتبعه ابن ادريس في ذلك.

وقال في المبسوط: ان له فسخها فيما بقي وقيل: انه ليس له ذلك، وهو الأقوى، قال في المختلف: والحق أن له الفسخ، لنا أن الولاية تابعة للصغر، وقد زال فتزول الولاية، والعقد تابع لها، فيزول بزوالها، ولأنه لوعقد عليه مدة يعلم بلوغه في بعضها بطلت في الزايد، فكذا في المجهول مع وقوعه، لأن العلم والجهل لامدخل لهما في ثبوت الولاية وعدمها، انتهى.

أقول: وينبغي أن يعلم أن هنا صورتين: أحديهما أن يأجره مدة يعلم بلوغه ورشده قبل انقضائها، كأن يأجره وهوابن عشرسنين، مدة سبع سنين، ولاخلاف هنا فيما أعلم أن الاجارة لازمة فيما قبل البلوغ و الرشد، وأما بعدهما فانه يكون موقوفاً على اجازة الصبي، لأن زمان الولاية عليه وعلى ماله ما قبل الامرين المذكورين، فلا اشكال في لزوم الاجارة في تلك المدة، وأما بعد حصول الأمرين المذكورين فلا اشكال ولاخلاف في زوال الولاية عنه وحينئذ فلا اشكال في توقف

(١) قرب الاسناد ص ٧١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧١ ح ٢ الباب ٢٨ من أبواب أحكام الاجارة.

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٣١٤ ح ٨٦٩.

صحة الاجارة والحال هذه على اجازته ، لأن العقد في هذه المدة الزائدة يصير بمنزلة الفضولي .

الثانية : ان يأجره في مدة لا يعلم ذلك ، الا أنه اتفق حصوله في أثناء المدة وهذه الصورة هي محل الخلاف ، فظاهر كلام الشيخ المذكور هو صحة الاجارة في جميع المدة صحة لازمة لوقوع الاجارة من أهلها في محلها في وقت لا يعلم لها مناف ، فتستصحب . وظاهر العلامة هو الصحة كذلك إلى حين اجتماع الشرطين المذكورين ، لانتفاء المانع ، وأما بعد حصولهما فانه يكون الحكم كما في سابق هذه الصورة ، لأن زمان الولاية ماقبل الكمال ، فيكون نفوذ التصرف مقصورا عليه ، وفي الشرايع تردد في هذه الصورة لما عرفت من تدافع التعليلين المذكورين ، وفي المسالك قوى قول العلامة .

أقول : والمسئلة بالنسبة الى هذه الصورة كغيرها من المسائل الغير المنصوصة محل اشكال ، وأما بالنسبة الى الصورة الأولى فانه لاريب في صحة الاجارة ولزومها قبل حصول الشرطين المذكورين ، وأما بعد هما فان قلنا بصحة العقد الفضولي كما هو المشهور ، وأجاز الصبي فكذلك ، وان قلنا بالبطلان كما هو المختار فالحكم ظاهر ، وهكذا الكلام بالنسبة إلى مذهب العلامة ومن تبعه في الصورة الثانية .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن أكثر الأصحاب الذين تعرضوا لهذه المسئلة ومنهم الشيخ والفاضلان انما ذكروا بالنسبة الى زوال الولاية بالبلوغ خاصة ، مع أنه لاخلاف في ضم الرشد اليه ، فلو بلغ ولم يكن رشيداً فالولاية باقية ، ففي الصورة الأولى لو آجره مدة يعلم بلوغه فيها ولايعلم رشده ، بل كان مجهولاً فان الحكم فيها كما في الثانية ، أما اذا كان معلوماً كأن يكون متميزاً قبل البلوغ ، فانه يكون الحكم كما ذكروه ، ومنه يعلم أن الصورة الثانية أعم من أن لا يعلم بلوغه ولارشده أو يعلم بلوغه ولايعلم رشده ، ثم اتفق حصولهما ، ولو تلف الصبي بعد تسليم المستأجر له وكذا غيره ممن تستأجره للعمل عنده لم يضمنه ، ولافرق هنا بين الصغير والكبير ، والحر والعبد ، فان كل من يسلّم أجيراً ليعمل له فتلف لم يضمنه ،

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

لأنه قبضه لاستيفاء منفعة مستحقة لايمكن تحصيلها إلا باثبات اليدعليه فكان أمانة في يده ، قالوا : ولافرق بين تلفه مدة الاجارة وبعدها .

أقول : أما تلفه مدة الاجارة فلاريب فيه ، وأما بعدها لو كان صبيا أومملوكاً فهومبني على ماهو المشهور ، كما تقدم في الموضع الخامس من المطلب الأول من هذا الكتاب (١) من أن العين المستأجرة من دابة أوصبي أومملوك بعد تمام المدة هل يجب على المستأجر ردها الى المالك ، فلو أخرها ضمن ، ووجب عليه نفقتها أولايجب عليه ذلك الابعد طلب المالك ، والاقبل ذلك انما يجب عليه رفع اليد عنها ، والتخلية بين المالك و بينها ، قولان : أشهرهما الثاني ، والكلام هنا مبني على هذا القول والله سبحانه العالم .

الثامنة والعشرون : المشهور في كلام المتقدمين أن من تقبل عملاً لم يجز أن يقبله غيره بنقيصة ، الا أن يحدث فيه حدثاً يستبيح به الفضل ، وقيل ، بالكراهة واختاره في المسالك ، والظاهر أنه قول أكثر المتأخرين .

ومن الأخبار الدالة على المشهور مارواه في الكافي في الصحيح عن محمدبن مسلم (٢) « عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلايعمل فيه ويدفعه الى آخر فيربح فيه ؟ قال : لا إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً » .

وما رواه التهذيب في الصحيح عن أبي حمزة (٣) عن أبي جعفر عليه السلام « قال : سألته عن الرجل يتقبل العمل فلايعمل فيه ويدفعه الى آخر يربح فيه ؟ قال لا » :

وماروا ه المشايخ الثلاثة عن الحكم الخياط (٤) « قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام اني أتقبل الثوب بدرهم وأسلمه بأقل من ذلك لاأزيد على أن أشقه قال : لابأس بذلك ، ثم قال : لابأس فيما تقبلت من عمل ثم استفضلت فيه » .

---

(١) ص ٥٤٢ .
(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ١ .
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٥ ، هما في الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٥ ح ١ و ٤ .
(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٥ ح ٢

ومارواه في الفقيه والتهذيب عن مجمع (١) «قال : قلت لأبى عبدالله عليه السلام أتقبل الثياب أخيطها ثم أعطيها الغلمان بالثلثين فقال : أليس تعمل فيها قلت : أقطعها واشتري لها الخيوط قال : لابأس».

وعن علي الصايغ (٢) «قال : قلت لأبى عبدالله عليه السلام : أتقبل العمل ثم أقبله من غلمان يعملون معي بالثلثين فقال : لا يصلح ذلك الا أن تعالج معهم فيه قلت : فاني أذيبه لهم، قال : فقال ذاك عمل فلابأس».

ومارواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن الرجل الخياط يتقبل بالعمل فيقطعه ويعطيه من يخيطه ويستفضل قال : لابأس قد عمل فيه» هذاما حضرني من أخبار المسئلة، وكلها كماترى ظاهرة الدلالة في القول الاول، وهو الذي عليه المعول، ثم انه ينبغى أن يعلم أن جواز دفعه الى غيره مشروط بما اذا كان العمل في الذمة بأن يحصل له هذا العمل بنفسه أو غيره، أما لو كان الاستيجار على فعله بنفسه فانه لايجوز له الدفع الى غيره، ثم انه على تقدير الأول هل يكون ضامناً بدفعه الى الغير بدون اذن المالك صرح ابن ادريس بذلك، والمشهور خلافه، وقد تقدم تحقيق الكلام في ذلك في المسئلة الرابعة من مسائل هذا المطلب (٤).

التاسعة والعشرون : اختلف الأصحاب في جواز الاجارة بأكثر مما استأجر اذا لم يحدث فيه حدثاً فقيل بالتحريم، وهو المشهور بين المتقدمين، وقيل بالجواز على كراهة وهو المشهور بين المتأخرين، وتقدم تحقيق القول في ذلك في صدر كتاب المزارعة (٥).

---

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٥٩ ح ١٠، التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ٨.

(٢) و (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ٩ و ص ٢١٠ ح ٦، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٦ ح ٦ و ٧ و ٥.

(٤) ص ٥٦٣.

(٥) ص ٢٩٢.

الثلاثون : اختلف الأصحاب في جواز اجارة الأرض بالحنطة والشعير مما يخرج منها ، فقيل : بالتحريم ، وقيل : بالكراهة ، وقد تقدم أيضاً تحقيق الكلام في ذلك في الموضع المشار اليه .

الحادية والثلاثون : إذا دفع الى غيره سلعة ليعمل له فيها عملاً كالقصار والغسال ونحوهما فقد صرح المحقق بأن له أجرة المثل بشرط أحدالأمرين ، إما كون العامل من عادته أن يأخذ الأجرة على مثل ذلك العمل ، أو كون ذلك العمل مماله أجرة في العرف والعادة المستمرة ، وعن العلامة أنه اعتبر كون العمل له أجرة عادة خاصة .

ويتخرج على ذلك صور أربع : الاولى : ما إذا حصل الشرطان المذكوران في كلام المحقق ، والأجرة ثابتة على كلا القولين .

الثانية : انتفاؤهما معاً ولا أجرة على القولين ، ولا فرق حينئذ بين كون العمل متقوماً بأجرة وعدمه ، إذا لم يكن له في العادة أجرة ، ولا أعد العامل نفسه لها .

الثالثة : أن يكون العمل مما له أجرة بحسب العادة ، ولكن ليس من عادة العامل الاستيجار له ، والأجرة ثابتة على القولين أيضاً لأن هذا أحد شرطي المحقق وهو الذي اقتصر عليه العلامة .

الرابعة : عكس هذه الصورة بأن يكون من عادته الاستيجار له الا أن العمل ليس مما له أجرة بحسب العادة ، والاجرة ثابتة على مذهب المحقق ، دون العلامة ، ورجح مذهب المحقق في هذه المسئلة بأن الأمر بالعمل يقتضى استيفاء منفعة مملوكة ، للمأمور ، متقومة بالمال ، فوجب ثبوتها على الآمر كالاستيجار معاطاة ، واللازم استيفاء عمل محترم بالأمر ، فلا يحل بدون العوض الا باباحة مالكه ، ولم يتحقق وهو جيد .

المطلب الرابع في جملة من أحكام التنازع

منها التنازع في أصل الأجارة ، والقول في ذلك قول المنكر منهما بيمينه ، سواء كان المالك أو الأجير ، لأن الاصل العدم ، والحكم اتفاقي نصاً وفتوى ، بقي الكلام في أنه لايخلو اما أن يكون هذا التنازع قبل التصرف واستيفاء المنافع كلاً أو بعضاً ، أو بعده ، وعلى الأول لااشكال في رجوع كل مال الى صاحبه ، وعلى الثاني فلايخلو اما أن يكون مدعى الأجارة المالك أو المتصرف ، فان كان المدعى المالك ، والحال أن المتصرف حلف على انكار الاجارة ، انتفت الاجارة ، وعلى المتصرف أجرة المثل ، عوض ما تصرف فيه ، فان كان أجرة المثل زائدة على ما يدعيه المالك من المسمى في العقد بزعمه ، فانه لايجوز له أخذ الزيادة ، لاعترافه بأن المسمى في العقد أقل من ذلك ، فلا يستحق أزيد منه ، وان وجب على المتصرف دفعها لو لم يدفعها سابقاً ، وحرمت المطالبة بها ان دفعها سابقاً ، وان كان المسمى بزعم المالك زايداً على أجرة المثل ، فان هذه الزيادة تنتفي بانتفاء الاجارة بعد اليمين ، فليس للمالك طلبها ، ولايجب على المنكر دفعها ، وان دفعها سابقاً استرجعها ، وان كان مدعي الاجارة هو المتصرف ، والمالك ينكرها ، وينكر الاذن في التصرف مطلقا ، فقد عرفت أن القول قوله بيمينه ، وحينئذ إذا حلف انتفت الاجارة ، واستحق أجرة المثل لما تصرف فيه المستأجر بزعمه ، فله المطالبة بها ان لم يكن قبض قدرها سابقاً ، وان زادت عن المسمى بزعم المستأجر ، لأن المسمى قد بطل بانتفاء الاجارة ، وصار الحكم هو أجرة المثل ، وأما لو زاد المسمى فانه لايجوز له أخذه لانكاره الاجارة وبطلانها باليمين ، وان كان يجب على المستأجر دفعه لاعترافه به ، ولو قبض المسمى سابقاً لم يكن للمستأجر المطالبة بالزايد لاعترافه به ، وان كان المالك يعترف أيضاً بانه لايستحقه ، ويضمن المستأجر العين في هذه الصورة ، لثبوت كون التصرف غصباً ، بخلاف الأولى التي يدعي المالك فيها

الاجارة ، فان العين باعترافه أمانة في يد المستأجر ، نعم لو أنكر الاجارة واعترف بالاذن في التصرف ، فلا ضمان أيضاً للخروج عن الغصب بالاذن ، والله سبحانه العالم.

ومنها التنازع في قدر العين المستأجرة بان ادعى المستأجر انك آجرتني الدار بأجمعها بمأة درهم ، فقال المالك بل أجرتك بيتاخاصا منها بمأة درهم ، والمشهور أن القول قول المنكر لاصالة عدم وقوع الاجارة على الزايد عما يعترف بـه المالك ، وقيل بالتحالف هنا ، لأن كلا منها مدع ومنكـر فالمستأجر يدعى استيجار الدار كملا ، والمالك ينكر ذلك ، والمالك يدعى اجارة البيت خاصة ، والمستأجر ينكر ذلك .

وظاهر المحقق الأردبيلي في شرح الارشاد الميل الى هـذا القول ، قال رحمة الله عليه : وأما المستأجر فالظاهر فيه التحالف ، لأنه بانكار أحدهما وحلفه لم ينقطع الدعوى والنزاع ، إذ قد ينقلب الحالف ويدعى الاستيجار في العين الأخرى ، فلابد من سماع دعواه ، ورده على وجه شرعي وليس الا بأن يكون القول قـول منكره مع اليمين ، وكذا هو الظاهر في دعوى قطعه قباء وقميصاً ، ولعل المصنف لـم يذكر التحالف بناء على عدم دعوى الآخر ، وأما مع دعواه فالظاهر التحالف فتأمل ، انتهى .

وحاصله ان ما ذكروه هنا من أن القول قول منكر الزيادة بيمينه لايحسم مادة النزاع ، لأنه متى حلف المالك الذي هو منكر لاجارة الدار كملا انتفت الاجارة المدعاة ، لكن لو رجع على المستأجر وادعى عليه اجارة البيت بتلك الأجرة التي اتفقا عليها ، والمستأجر ينكر ذلك ، لأنه إنما يدعي الدار كملاً لابيتاً منها خاصة ، فلابد من المخرج من هذه الدعوى ، وليس الا بحلف المستأجر لانكاره تلك الدعوى فيكون القول قوله بيمينه ، وهو كلام وجيه .

وفي المسالك بعد أن نقل هذا القول اجمالاً قال ، والأقوى ما اختاره المصنف لاتفاقهما على وقوع الاجارة على البيت ، وعلى استحقاق الأجرة المعينة ، وان كان

توزيعها يختلف بحسب الدعوى ، إنما الاختلاف في الزائد فيقدم قول منكره ، وضابط التحالف أن لايتفقا على شيء كما لو قال : آجرتك الشيء الفلاني ، فقال : بل الفلاني ، أو آجرتك البيت فقال : بل الحمام ، ومثله ما تقدم في البيع إذا اختلفا في قدر المبيع ، وفي تعينه ، فالقول بالتحالف هنا دون البيع غير جيد ، انتهى .

وفيه ما عرفت آنفا من أن هذا إنما يتم لولم يرجع المالك ، ويدعي على المستأجر ماذكره من اجارة ذلك البيت المخصوص وإلا فانه بعد دعواه هذه لامخرج منها إلا أن يحلف المستأجر ، فمادة الاشكال ودفع القيل والقال لايتم الا بالتحالف، على أن ما ذكره من اتفاقهما على وقوع الاجارة على البيت ، وعلى استحقاق الاجرة المعينة مما لايسمن ولايغني من جوع ، وان كان الأمر كما ذكره بالنسبة الى ظاهر الدعويين ، الا أنه متى حلف المالك على نفي اجارة الدار وانتفت الاجارة ، والمستأجر لايدعي البيت ، بل ينكره فأي ثمرة لهذا الاتفاق ، بل لاوجود له ، وهكذا الكلام في الاجرة ، وما ذكره من الاستناد الى ماتقدم في البيع وأنه كيف يقال بالتحالف هنا دون البيع ، ففيه أن القول بالتحالف ثمة أيضاً موجود.، وان كان خلاف مايختاره كما هنا (قدس سره) وقد قدمنا نقله في جملة من صور الاختلاف بين المتبايعين في المطلب الرابع في اختلاف المتبايعين من الفصل الرابع في احكام العقود (١) .

وأما ماذكره من القاعدة في التحالف فاني لم أقف عليها إلا في كلامه في هذا الموضع ، وفي كتاب البيع ، ولايحضرني الآن شيء من الأخبار الواردة بالتحالف، ولعل هؤلاء القائلين بالتحالف لايثبتون هذه القاعدة ، على أنه بناء على ما ذكرناه من وجه التحالف في الصورة المذكورة ، فانها ترجع الى هذه القاعدة أيضاً لانهما لم يتفقا على شيء ، وان أوهم تصوير المسئلة ذلك في بادى الرأى ، لأنه متى كان المالك يدعي اجارة البيت خاصة ، والمستأجر ينكره ، والمستأجر يدعي اجارة

(١) ج ١٩ ص ١٩٠ .

الدار كملاً ، والمالك ينكره ، فهو من قبيل الامثلة التي ذكرها ، ولامخرج من هاتين الدعويين الا بالتحالف ، كما لايخفى ، والله سبحانه العالم .

ومنها ما لو اختلفا في رد العين المستأجرة فانه لااشكال في أن القول هنا قول المالك بيمينه ، لأنه منكر ، والاصل عدم الرد ، والمستأجر قبض لمصلحة نفسه ، فلا يقبل قوله في الرد مع مخالفة الأصل ، وبهذا فرقوا بينه وبين الودعي حيث أن المشهور في الودعي أن القول قوله في الرد ، وعللوه بأنه قبضه لمصلحة المالك فهو محسن محض ، « وما على المحسنين من سبيل » والتحقيق في الفرق بين الودعي والأجير إنما هو ماقدمناه في كتاب العارية من أن قبول قول الودعي إنما هو من حيث كونه أميناً ، وقد دلت الأخبار التي قدمناها في كتاب الوديعة على أن الأمين ودعياً كان أو غيره من الأمناء يقبل قوله فيما يدعيه بغير اليمين ، وان كان المشهور بينهم ضم اليمين .

وأما الاجير فأنهم وان ادعوا أنه أمين فهو غير مسلم ، كما تقدمت الاشارة اليه في المسئلة الرابعة والعشرين ، لأنه عامل بأجرة ، فهو من قبيل المعاوضات ، وبالجملة فانه غير داخل في اطلاق تلك الأخبار ، وحينئذ فيرجع في حكمه الى القاعدة المتفق عليها ، وهي أن البيّنة على المدعي ، واليمين على المنكر ، بخلاف الودعي وغيره ممن يكون أميناً ، فانه يعمل فيه بمقتضى تلك الأخبار ، وبها تخصص أخبار تلك القاعدة المتفق عليها ، الا أنهم لعدم وقوفهم على الأخبار التي قدمناها في الوديعة ، إنما عللوا قبول قول الودعي بما ذكروه هنا ، من أنه محسن ، « وليس على المحسنين من سبيل » بخلاف من قبض لنفع نفسه ، وهو تعليل عقلي اصطلحوا عليه ، ولادليل عليه في الأخبار .

ومنها ما لو اختلفا في قدر الأجرة فقال الشيخ في المزارعة من الخلاف : الذى يليق مذهبنا أن تستعمل فيه القرعة فمن أخرج اسمه حلف ، وحكم له به ، لاجماع الفرقة على « أن كل مشتبه يرد الى القرعة » وقال في المبسوط : اذا

اختلفا في قـدر المنفعة بأن يقول : أكريتها شـهراً ، أو يقول : الى الكـوفة ، فيقول : بل الى شهرين أو الى بغـداد ، وفي الأجرة قال قوم : يتحالفان ، وقال قوم : ان كان قبل مضي المدة تحالفا ، وان كان بعـدها في يد المكترى لم يتحالفا وكان القول قـول المكترى ، كما في البيع القول قـول المشترى اذا كانت السلعة تالفة ، وهذا هو الذى يقتضيه مذهبنا ، وان قلنا يرجعان الى القرعة ، فمن خرج اسمه حلف وحكم له به كان قويا ، وقال ابن الجنيد : اذا اتفقا في المدة والمكان واختلفا في الأجرة فكل منهما يدعي ما يجوز بمثله في الاجارة في العرف ، كان الأجير مدعياً فضل أجرة في مال المستأجر ، وعليه البيّنة ، وكذلك ان اختلفا في الجنس ، فيقول الأجير قفـيز حنطة ، ويقول المستأجر خمسة دراهم ، هذا اذا انقضت المدة أو ركبت الدابة ، وان كان قبل العمل أو الركوب ، ولم تقـم بيّنة ولم يسأل أحدهما يمـين الآخر تحالفا و انفسخت الاجارة . .

وقال ابن البراج : ان لم تكن بيّنة تحالفا ، فان نكل أحدهما عن اليمين كان القول قولُ الآخر مع يمينه ، فان حلفا جميعاً أو نكلا معاً عن اليمين انفسخ العقد في المستقبل ، وكان القول قول مالك الدار مع يمينه في الماضي ، فان لم يحلف كال له أجرة مثلها عما سكنه المستأجر .

وقال ابن ادريس : القول قـول المستأجر وعلى المالك البيّنة ، وقال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال ، ثم قول ابن ادريس أخيراً : وهو الوجه ، لنا أنه منكر ، ولو أقام كل منهما بيّنة قدمت بيّنة المدعي ، لأن القول قـول المنكر وللتحالف وجه ، لأن كل واحد منهما مدع باعتبار ، وكذا القرعة ، وقد تقدما في البيع .

أقول : والمشهور بين المتأخرين هو ماذكره ابن ادريس ، وهو الأنسب بمقتضى قواعدهم ، لأنهما قد اتفقا على العقـد ، وعلى انتقال العين المستأجرة والمـدة ، وثبـوت الأجرة التى يدعيها المستأجر ، وانما الخلاف فيما زاد عنها ، فأحدهما

يدعيه ، والآخر ينكره ، والأصل عدمه ، فالقول قول المنكر بيمينه ، إلا أن المسئلة لما كانت خالية من النص فللاشكال فيها مجال .

وبالجملة فان المسئلة هنا جارية عندهم على ماتقدم في البيع من الاختلاف في قدر الثمن ، وقدتقدم نقل الأقوال فيها كما هنا ، إلا أن ثمة نص ، لكنه مخالف لمقتضى قواعدهم ، فأخذ به بعض ، وأطرحه آخر ، وقد تقدم تحقيق الكلام فيه ثمة .

و أنت خبير بأن قول جملة هؤلاء الفضلاء بالتحالف في المسئلة فتوى أو احتمالاً مما يوهن الضابطة التي ادعاه الشهيد الثاني في التحالف ، وأنها ليست ضابطة كلية ، للاتفاق على وقوع العقد والمدة والعين المستأجرة مع أن هؤلاء قالوا : بالتحالف فيها ، والضابطة المذكورة تضمنت أن لا يتفقا على شيء ، فلو كان الأمر كذالك لما خرج عنها جملة هؤلاء الفضلاء من العلامة ومن قبله ، فان العلامة هنا وان رجح ماذهب اليه ابن ادريس إلا أن ظاهره احتمال التحالف ، والقرعة كما هو أحد الأقوال المذكورة .

ومنها ما لو اختلفا في التلف فظاهر جملة من المتأخرين وهو قول الخلاف وجملة من أتباعه : أنه لاضمان على المستأجر ، بل القول قوله بيمينه ، لأنه أمين وقيل : بالضمان ، وأن القول قول المالك ، إلا أن يقيم المستأجر على ما ادعاه البيّنة ، أو يكون المدعى مشهوراً ظاهراً : وقد تقدم الكلام في هذه المسئلة ، و نقل الأقوال والأخبار المتعلقة بها كملا ، والكلام فيها بما رزق الله سبحانه فهمه منها في المسئلة الرابعة والعشرين .

و قال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك بعد نقل عبارة المصنّف المتضمنة لاختيار القول الثاني ماصورته : وقيل : القول قولهم مع اليمين ، لأنهم أمناء وهو أشهر الروايتين ، و كذا لو ادعى المالك التفريط فانكروا القول بضمانهم

مع عدم البيّنة هو المشهور ، بل ادعى عليه الاجماع ، والروايات مختلفة ، والأقوى أن القول قولهم مطلقاً ، لأنهم امناء ، وللأخبار الدالة عليه ، ويمكن الجمع بينها و بين ما دل على الضمان بحمل تلك على ما لو فرطوا أو أخروا المتاع عن الوقت المشترط ، كما دل عليه بعضها ، انتهى .

أقول : لايخفى ما فيه على الفطن النبيه بعد الاحاطة بما قدمنا تحقيقه في المسئلة المذكورة ، وذلك فان روايات المسئلة بعد حمل مجملها على مفصّلها ومطلقها على مقيّدها ، لاتخرج عن ثلاثة أقسام ، فقسم منها تضمن أن كل ما جنته يد الصانع والعامل سواء كان عن تفريط أم لا فهو ضامن ، وأن ذلك قاعدة كلّية في كل من أعطى الأجر ليصلح ، فأفسد .

وقسم منها تضمن أن مع دعوى التلف فانه يضمن ، إلا أن يقيم البيّنة أو يكون التلف ظاهراً مشهوراً كالغرق والحرق والغارة ، ونحو ذلك .

وقسم منها تضمن أنه مع دعوى التلف فان كان ثقة مأموناً غير متهم ، فلا ضمان عليه ، وإلا فهو ضامن ، و كل من الأقسام الثلاثة اشتمل على روايات عديدة ، وليس فيهاما يدل علىما ادعاه وغيره ممن قال بهذا القول ، سوى رواية واحدة وهي صحيحة معوية بن عمار (١) ، وقضية الجمع بين الأخبار تقييدها بما دلت عليه اخبار المسئلة ، كما ذكره الشيخ ، وبذلك يظهر لك ما في قوله أن القول قولهم بيمينهم وهو أشهر الروايتين ، فانه ليس في أخبار المسئلة على كثرتها وتعددها سوى رواية معوية بن عمار المذكورة ، فمن اين هذه الشهرة ، فان أراد الروايات الواردة في غير هذه المسئلة كالواردة في الوديعة ونحوها مما يدل على ان الأمين لايضمن ، وأن القول قوله ، فهو مسلّم ولكن روايات هذه المسئلة خاصة ، و كلّها على كثرتها متفقة على الضمان الامع البينة ، أوظهور الأمر ، أو كونه ثقة مأموناً ، وتلك الروايات مطلقة ، ومقتضى القاعدة تقديم العمل بهذه الروايات وتخصيص تلك

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٤ ح ١٤ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وكذا يظهر لك ما في قوله أن الروايات مختلفة فيما لو ادعى المالك التفريط فأنكروا ، فان فيه أن روايات المسئلة منحصرة في الأقسام الثلاثة التي ذكرناها ، وليس في شيء منهاما يتضمن هذا الفرد الذي ذكره ، وحينئذ فان أراد بما ذكره روايات القسم الاول ، وهو مادل على وجوب الضمان على كل من أعطى الاجر ليصلح فأفسد ، فقد تقدم أنها متفقة على هذا الحكم ، وأنهم عليهم السلام جعلوه قاعدة كلية ، ولامخالف لها في شيء من الأخبار ، وان اراد أخبار القسم الثاني فهو قد أشار اليه في صدر كلامه ، وذكر أن كون القول قولهم هو أشهر الروايتين .

وبالجملة فان روايات القسم الثاني الدالة على أنه يضمن مع دعوى التلف دالة على الضمان ، أعم من أن يكون بتفريط أولا بتفريط ، وأنه يجب الضمان الا مع قيام أحد الأمور الثلاثة المتقدمة ، ثم أنه على تقدير القول بما اختاره من أن القول قول المستأجر بيمينه ، لأنه أمين ، فالكلام في اليمين هنا كما تقدم في الوديعة والعارية ، من عدم وجود دليل على اليمين ، بل ظاهر الأخبار وبه قال جملة من الأصحاب كما تقدم في الوديعة ، أنه لايمين ، وإنما يقبل قوله من غير يمين ، بل القول بذلك هنا أضعف لعدم وجود دليل دال على قبول قول المستأجر بالكلية ، فضلاً عن أن يضم اليه اليمين ، بل الأخبار كلها بعد ضم بعضها الى بعض متفقة على وجوب الضمان عليه ، الا مع قيام أحد الأمور الثلاثة المتقدمة ، وما ادعاه هو وغيره من أنه أمين فيترتب عليه قبول قوله في التلف ممنوع ، إذ لا دليل عليه بل الدليل كما عرفت واضح في خلافه ، لاتفاق الأخبار على تضمينه في التلف الا مع قيام البينة ، أو شهرة الأمر به ، أو كونه مأموناً من دعوى الكذب ، على أنه لو كان أميناً لقبلوا قوله في الرد ، مع أنهم منعوا من قبوله كما عرفت ، والله سبحانه العالم.

ومنها مالو دفع إلى الخياط ثوباً فقطعه قباء مدعياً اذن المالك ، فقال المالك إنما أمرتك بقطعه قميصاً ، وقد اختلف كلام الشيخ في ذلك ، فقال في كتاب الوكالة من الخلاف : القول قول الخياط ، وفي كتاب الاجارة منه : القول

قول صاحب الثوب ، وبه قال ابن ادريس ، وقال في المبسوط : القول قول الخياط ، وقال قوم : القول قول رب الثوب ، وهو الصحيح ، واحتج بأن الثوب له ، والخياط مدع للاذن في قطع القباء فعليه البينة ، وإذا فقدها فعلى المالك اليمين ، ولأنهما لو اختلفا في أصل القطع كان القول قول رب الثوب ، فكذا في صفة القطع .

وقال في الخلاف : وكنا قلنا في ما تقدم في هذه المسئلة أن القول قول الخياط ، لأنه غارم ، وأن رب الثوب يدعى عليه قطعاً لم يأمره به ، فيلزمه بذلك ضمان الثوب ، فكان عليه بذلك البينة ، فاذا فقدها وجب على الخياط اليمين .

وقال في المختلف بعد ذكر هذا الكلام من أوله الى آخره : وهذا أيضاً قوي ، وهذا يدل على تردده ، والحق ما ذكره في الخلاف أولاً وقواه في المبسوط، انتهى .

أقول : وكلامه مؤذن بنوع تردد في ذلك ، فانه قوى ما ذكره من تعليل الشيخ للقول بأن القول قول الخياط بيمينه ، ثم قال : والحق ما ذكره في الخلاف الى آخره ، وهو يعطي اختياره القول بتقديم قول صاحب الثوب ، الا أن عبارته لا يخلو من ردائة ، فان اختياره لما ذكره في الخلاف أولاً ان أراد بهذه الأولية باعتبار ما قدم نقله عنه والذي قدمه إنما هو أن القول قول الخياط ، وان أراد الأولية باعتبار ذكره المسئلة في الخلاف فهو يتوقف على مراجعته ، وأن المقدم فيه هو كتاب الاجارة على كتاب الوكالة .

وكيف كان فانك قد عرفت العلة في كل من القولين ، وأن العلة في تقديم قول المالك أن الخياط يدعي عليه الاذن في هذا القطع المخصوص ، والأصل عدمه، وانه كما يقدم قول المالك لو تنازعا في أصل الاذن وعدمه فكذا في صفته ، لأن مرجعه الى اذن مخصوص .

والعلة في تقديم قول الخياط أن المالك يدعي عليه الأرش ، فيكون غارماً ، والأصل عدمه فيقدم قوله في نفي ذلك من نفسه ، وان لم يثبت له الأجرة .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

والمسئلة كما ترى عارية عن النصوص ، والتعليلان متدافعان ، ولو قيل : بالتحالف جمعاً بين هذين التعليلين لأمكن ، فان الخياط من حيث دعوى المالك الأرش عليه ، والأصل عدمه ، يقدم قوله في ذلك بيمينه ، ومن حيث دعواه الاذن على المالك وأنه يستحق الأجرة بناء على ذلك ، والمالك منكر ، فيقدم قول المالك في هذه الدعوى ، لاصالة عدمها كما تقدم ، فيتحالفان لقطع هاتين الدعويين ، والايراد بأن ذلك مخالف لمقتضى قاعدة التحالف المتقدمة مردود ، بما تقدم ، من عدم ثبوت القاعدة المذكورة ، وتصريح جمع من الأصحاب بالخروج عنه في كتاب البيع وفي هذا الكتاب .

ثم انه على تقدير القول بتقديم قول المالك بيمينه واستحقاقه الأرش فهل هو عبارة عن تفاوت مابين قيمته مقطوعاً قميصاً وقباء فعلى هذا لو صلح لهما فلا أرش ، أو عبارة عن تفاوت مابين قيمته صحيحاً ومقطوعاً ، لأن القطع على هذا الوجه الذي يدعيه الخياط عدوان ، احتمالان : ذكرهما في المسالك ، والله سبحانه العالم .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

والى هنا تمّ الجزء الحادى والعشرون حسب تجزئتنا بحمد الله ومنّه ، وقد بذلنا الجهد غايته في تصحيحه ومقابلته للنسخة بقلم المصنّف (طاب ثراه)

ويتلوه الجزء الثاني والعشرون في كتاب الوكالة ان شاء الله تعالى

ونرجو من الله التوفيق على طبع بقية الأجزاء

والحمد لله رب العالمين ، وصلّى الله

على محمد وآله الطاهرين

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فهرس الجزء الحادي والعشرين
من كتاب الحدائق الناضرة

الصفحة

الصفحة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

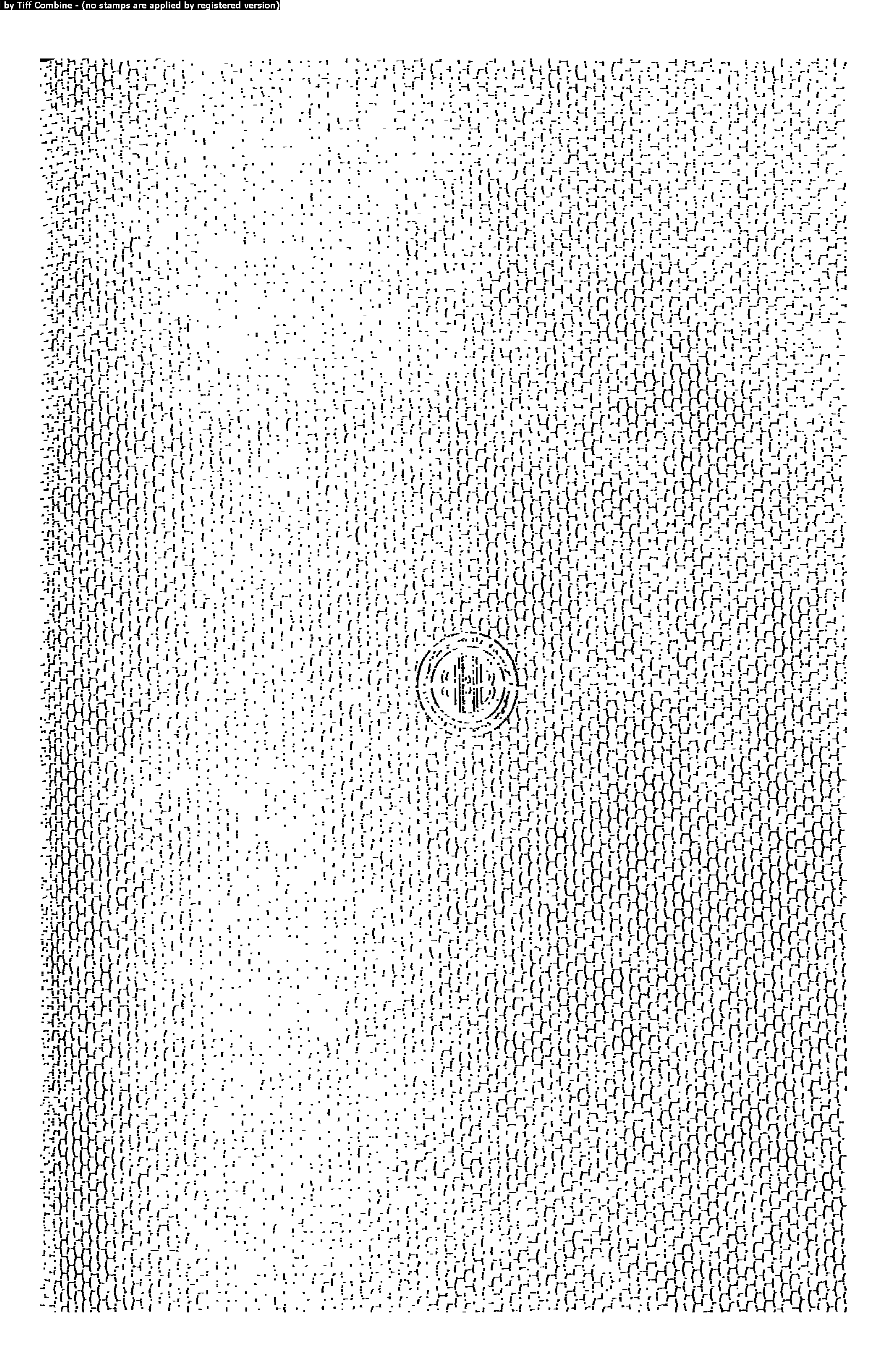
Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

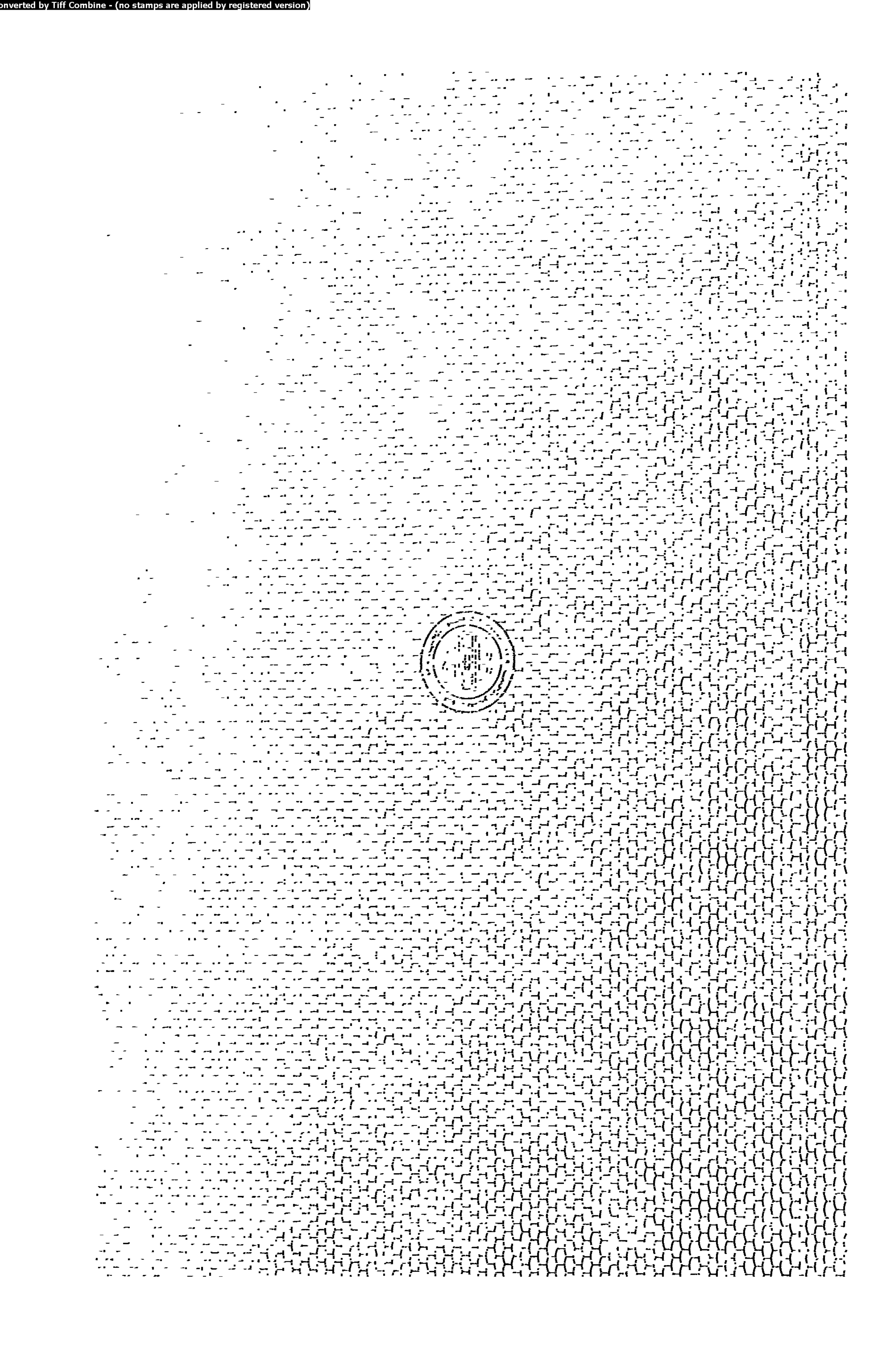

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)



Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)



Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

